

REJIE

REVISTA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA



FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Málaga

Nº11
Enero 2015

Presentación al núm.11.

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

Doctrine administrativiste et doctrine constitutionnaliste : question de méthodes

VERONIQUE CHAMPEILS-DESPLATS

Dottorati industriali, apprendistato per la ricerca formazione in ambiente di lavoro. Il caso italiano nel contesto internazionale e comparato

MICHELLE TIRABOSHI

La objeción de conciencia

TANIA GARCÍA SEDANO

El diseño por competencias en el Espacio Europeo de Educación Superior

ÁNGELES LIÑAN

Metodología de la elaboración de trabajos de investigación jurídica desde un enfoque práctico. El valor de la experiencia profesional

MANOLO MORENO LINDE

El cine como metodología docente aplicable a la enseñanza del Derecho Administrativo

ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Seminario Internacional Derechos Sociales y Protección de Colectivos Vulnerables

REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ (RELATORA)

RESEÑAS

CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *El escudo de Perseo: la cultura literaria del derecho*, Granada: Editorial Comares, 2012, por Manuel de J. Jiménez Moreno

RUIZ RESA, J.D. (ED.), ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., ARENA, F.J., BELLOSO MARTÍN, N., CHAMPEIL-DESPLATS, V., ELGUETA ROSAS, M.F., FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., GUSTIN, M., JARA GÓMEZ, A., LERUSSI, R.C., NADAL SÁNCHEZ, H., RUIZ RESA, J.D. y SALGUERO SALGUERO, M.: *Política, Economía y Método en la Investigación y Aprendizaje del Derecho*, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, por María Salas Porras

La REJIE pretende abrir a nivel nacional e internacional “un espacio virtual” en el que cualquier profesor universitario pueda plasmar sus reflexiones sobre la actividad docente en Ciencias Jurídicas, ya sea con trabajos de investigación sustantiva o con propuestas de innovación educativa.

Se trata especialmente de contribuir a la implantación y desarrollo del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) desde la investigación y la experiencia práctica del profesorado, exponiéndola al conocimiento general de forma fácil y accesible.

No obstante la revista se encuentra abierta a la participación de profesores universitarios iberoamericanos y de otros continentes que deseen reflexionar sobre la docencia y la investigación en Ciencias Jurídicas (sobre la metodología docente, la necesidad de renovación o cambio, problemas actuales, etc.).

Prueba de la apertura de la revista al exterior es que junto al Comité Científico Nacional, cuenta con un Comité Científico Internacional formado por profesores de Bulgaria, Canadá, Chile, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Hungría, Italia, Polonia y Portugal.

Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores

Directora

Isabel González Ríos
isa_gonzalez@uma.es

Secretaria

Mabel López García
mabel@uma.es

Promotor

Grupo de innovación docente
PIE 017/08.UMA

Editor ejecutivo

Juan Carlos Martínez Coll

ISSN

1989-8754

www.eumed.net/rev/rejie

REJIE

**REVISTA JURÍDICA DE
INVESTIGACIÓN E
INNOVACIÓN EDUCATIVA**

**Número 11
Enero 2015**

La Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE) se encuentra indizada en el catálogo de revistas Latindex, Dice, Isoc e IdeasRePec.

Directora: Isabel González Ríos (*Universidad de Málaga*)
Secretaria: Mabel López García (*Universidad de Málaga*)

Consejo de redacción

JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

CARMEN M^a ÁVILA RODRÍGUEZ, *Universidad de Málaga*; JUAN MANUEL AYLLÓN DÍAZ GONZÁLEZ, *Universidad de Málaga*; BELÉN CASADO CASADO, *Universidad de Málaga*; ELISA GARCÍA LUQUE, *Universidad de Málaga*; M^a ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO, *Universidad de Málaga*; ISABEL GONZÁLEZ RÍOS, *Universidad de Málaga*; MABEL LÓPEZ GARCÍA, *Universidad de Málaga*; M^a BELÉN MALAVÉ OSUNA, *Universidad de Málaga*; JOSÉ M^a SOUVIRÓN MORENILLA, *Universidad de Málaga*; DIEGO J. VERA JURADO, *Universidad de Málaga*; PATRICIA ZAMBRANA MORAL, *Universidad de Málaga*; M^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ, *Universidad de Málaga*.

Comité científico

Comité científico nacional

ANA CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga; JOSE CALVO GONZÁLEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga; YOLANDA GARCÍA CALVENTE, Prof. Titular de Derecho Financiero de la Universidad de Málaga; JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Málaga; ROSA QUESADA SEGURA, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga; JOSÉ IGNACIO MORILLO VELARDE PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide; ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Málaga; ÁNGEL RODRÍGUEZ VERGARA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga; ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga; JOSÉ M^a SOUVIRON MORENILLA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. ÁNGEL VALENCIA SAIZ, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad de Málaga; MERCEDES VICO MONTEOLIVA, Catedrática de Historia de Pedagogía de la Universidad de Málaga.

Comité científico internacional

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Profesor Emérito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. (Chile); BLANCA TORRES ESPINOSA, Profa. De Tiempo Completo, Unidad Académica Multidisciplinar Zona Huasteca Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México); BJARNE MELKEVIK, Catedrático de Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Laval. Québec. (Canadá); CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES, Prof. Asistente del Departamento de Derecho. Universidad de Grama (Cuba); GABOR HAMZA, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Romano. Universidad Eötrös Loránd. Budapest (Hungría); GALO PICO MANTILLA, Ex-Presidente del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina) y expresidentes de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador; GEORGE PENCHEV, Catedrático de Derecho administrativo y del medio ambiente. Universidad de Plovdiv. Plovdiv (Bulgaria); GÉRARD GUYON, Catedrático de Historia del Derecho, de las Instituciones y de los hechos sociales y económicos. Universidad Montesquieu. Burdeos IV (Francia); HARRY E. VANDEN, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. University of South Florida, Tampa, (Estados Unidos) ; HENRI R. PALLARD, Catedrático de Filosofía y Teoría del Medio. Universidad Laurentiana. Sudbury, Ontario (Canadá); KAZIMIERZ LANKOSZ, Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Jagellónica. Cracovia (Polonia); LEONARD LUKASZUK, Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de Varsovia (Polonia); LUCIO PEGORARO, Catedrático de Derecho Comparado de la Universidad de Bolonia. (Italia); MACIEJ BARCZEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Gdansk (Polonia); PAULO FERREIRA DA CUNHA, Catedrático y Director del Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto (Portugal); STAMATIOS TZITZIS, Director de Investigaciones del Centro National de la Recherche Scientifique. Instituto de Criminología. Universidad Panteón Assas. París II (Francia); TADEUSZ WASILEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Administración Nicholas Copernicus University. Torun (Polonia); VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS, Catedrática de Derecho Público de la Universidad ParisX-Nanterre (Francia)

Sumario

Presentación al núm.11 ISABEL GONZÁLEZ RÍOS.....	7
Doctrine administrative et doctrine constitutionnaliste : question de méthodes VERONIQUE CHAMPEILS-DESPLATS.....	9
Dottorati industriali, apprendistato per la ricerca formazione in ambiente di lavoro. Il caso italiano nel contesto internazionale e comparato MICHELLE TIRABOSHI.....	25
La objeción de conciencia TANIA GARCÍA SEDANO.....	49
El diseño por competencias en el Espacio Europeo de Educación Superior ÁNGELES LIÑAN.....	73
Metodología de la elaboración de trabajos de investigación jurídica desde un enfoque práctico. El valor de la experiencia profesional MANOLO MORENO LINDE.....	85
El cine como metodología docente aplicable a la enseñanza del Derecho Administrativo ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ.....	97
Seminario Internacional Derechos Sociales y Protección de Colectivos Vulnerables REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ (RELATORA).....	109
RESEÑAS	
CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, <i>El escudo de Perseo: la cultura literaria del derecho</i> , Granada: Editorial Comares, 2012, por Manuel de J. Jiménez Moreno.....	161
RUÍZ RESA, J.D. (ED.), ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., ARENA, F.J., BELLOSO MARTÍN, N., CHAMPEIL-DESPLATS, V., ELGUETA ROSAS, M.F., FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., GUSTIN, M., JARA GÓMEZ, A., LERUSSI, R.C, NADAL SÁNCHEZ, H., RUÍZ RESA, J.D. y SALGUERO SALGUERO, M.: <i>Política, Economía y Método en la Investigación y Aprendizaje del Derecho</i> , Dykinson, S.L., Madrid, 2014, por María Salas Porras.....	173

PRESENTACIÓN AL Nº 11 DE LA REJIE

El presente número de la *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* se compone de 6 artículos, dos de los cuales nos los remiten profesores de Universidades extranjeras. Estos dos artículos, que encabezan esta edición, abordan temas de metodología aplicable, en un caso, clásica, respecto del estudio del Derecho Público francés; en otro caso, novedosa y reciente, respecto de los estudios de doctorado en Italia. Así, el primero de ellos, de la profesora Champeils-Desplats, analiza la diversidad de métodos que se utilizan en Francia para el estudio del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, y cómo la metodología del primero influye en el segundo. Para ello expone el nacimiento y evolución de estas dos ramas del Derecho y las metodologías utilizadas por la doctrina científica para su estudio. En contraposición, se presenta la postura generalista, según la cual ambas disciplinas forman un todo unitario, ambas conforman el Derecho Público y, por tanto, requieren de una unidad de método. A este artículo le sigue el del profesor Michele Tiraboschi, que nos presenta una reciente regulación de los estudios de doctorado en Italia, orientada a una formación que tenga en cuenta el Derecho Comparado, así como, una directa relación con el mundo profesional. Se razona a favor de unos estudios de Doctorado que trasciendan la mera formación de futuros académicos y profesionales para coadyuvar a la innovación y transferencia tecnológica a la sociedad y a la empresa.

Apartándose de este análisis metodológico, hemos considerado interesante incluir el estudio que nos remitía la profesora Tania García sobre la objeción de conciencia, por la actualidad y problemas que derivan de su ejercicio. En el mismo se hace un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre las distintas categorizaciones que se dan de este derecho.

El siguiente artículo que publicamos en este número, de la profesora Liñán, hace un repaso al surgimiento y evolución seguido por el conocido como Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Se relata el proceso de cambio que para la educación superior ha supuesto la implantación del EEES y los riesgos que algunos autores ya están planteando. Concretamente nos referimos a la posibilidad de que los nuevos métodos docentes, centrados en la adquisición por el estudiante de competencias y habilidades, puedan ir en detrimento de una adecuada y completa formación teórica en las distintas disciplinas jurídicas; o la posible descoordinación entre el profesorado que imparte su docencia sobre un mismo grupo de discentes. En esta línea de análisis de las exigencias derivadas del EEES se incluye el trabajo del Doctor Manuel Moreno, en el que nos expone las diferentes fases de una Tesis Doctoral, las fuentes que se utilizan tradicionalmente y las ventajas de contar con experiencia profesional en el momento de la elaboración de un trabajo de investigación en Ciencias Jurídicas. Este artículo puede resultar de gran interés para futuros doctorandos, no solo por el análisis de la metodología aplicable en una investigación jurídica, sino por recomendar utilizar un método empírico en las Ciencias Jurídicas, según el cual, tras detectar un problema práctico, se realice la investigación que nos lleve a resolverlo con la aplicación del correspondiente marco normativo. Finalmente se integra en esta publicación un artículo de la profesora Álvarez González que nos presenta un recurso válido en la docencia del Derecho, como es la utilización del cine en la enseñanza del Derecho Administrativo. Para ello, partiendo de un filme se presenta una experiencia concreta desarrollada en una asignatura jurídica de la citada rama del Derecho.

Cerramos este número con: a) la presentación por la profesora M^a Remedios Zamora de las conclusiones del Seminario titulado “Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables”, desarrollado en la Facultad de Derecho de Málaga en octubre de 2014. En el mismo se presentaron dos conferencias marco que permitieron tener una visión comparada del Derecho francés y del Derecho español en cuanto a la regulación de los principales derechos sociales, y un conjunto de ponencias sectoriales que trataron concretos colectivos vulnerables en ámbitos como el mercado laboral, el sector eléctrico y las telecomunicaciones; b) la reseña de un libro sobre filosofía del Derecho del profesor Calvo González y de una obra colectiva sobre aspectos políticos, económicos y metodológicos en la investigación y el aprendizaje del Derecho.

DIRECTORA

Isabel González Ríos

DOCTRINE ADMINISTRATIVISTE ET DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE : QUESTION DE METHODES

VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Professeur de droit public

Université de Paris Ouest-Nanterre la Défense

Resumen: En Francia, las relaciones entre los métodos utilizados para desarrollar una ciencia del Derecho Constitucional, por una parte, y una ciencia del Derecho Administrativo, por otra parte, están evolucionadas y resultan complejas. Se trata aquí de determinar cómo y por qué los especialistas de estas dos disciplinas se sirven de los métodos de la otra. Además, cuando un académico generalista está estudiando tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Constitucional, ¿lo hace con las mismas herramientas metodológicas?

De este estudio se deduce que los intercambios metodológicos son significativamente desequilibrados. Los métodos asignados a los especialistas en Derecho Administrativo ejercen más influencia en el estudio del Derecho Constitucional que a la inversa. Esta conclusión, sin embargo, parece más compleja con respecto a los académicos generalistas. Por lo tanto, mientras que para los especialistas, respectivamente en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional, la metodología se está convirtiendo en un factor determinante para fundar la autonomía científica de su propia disciplina, al contrario, para los académicos generalistas, es la postura epistemológica previamente adoptada la que determine las opciones metodológicas.

Abstract: In France, the relationship between the methods used to develop the science of constitutional law, on the one hand, and the science of administrative law, on the other hand, are complex. We would like to determine how and why the specialists of each discipline deal with the methods used by the other. Furthermore, the generalist publicists, that is to say studying as well administrative law as constitutional law, did they analyze this two corpus with the same methodological tools? It soon appears that the methodological exchanges are significantly unbalanced. The methods assigned to administrative law specialists have more influence on the study of constitutional law than the reverse. This conclusion is, however, more complex regarding general publicists. Therefore, while among specialist scholars, respectively of administrative law and constitutional law, the methodology is becoming a determining factor for building the autonomy of its own discipline, for the generalist scholars, it is, on the contrary, previous epistemological postures that determine methodological choices.

Résumé: En France, les rapports entre les méthodes utilisées pour développer une science du droit constitutionnel, d'une part, et une science du droit administratif, d'autre part, sont évolutifs et complexes.

Ils'agit ici de déterminer dans quelle mesure et pourquoi les spécialistes d'un de ces champs disciplinaires puisent-ils dans les méthodes de l'autre. Par ailleurs, lorsqu'un juriste généraliste étudie autant le droit administratif que le droit constitutionnel, analyse-t-il ces deux corpus_ avec les mêmes outils méthodologiques ?

Il apparaît rapidement que les emprunts méthodologiques sont nettement asymétriques. Les méthodes attribuées aux spécialistes du droit administratif ont davantage influencé l'étude du droit constitutionnel que l'inverse. Ce constat devient toutefois plus complexe s'agissant des publicistes généralistes. Dès lors, tandis que chez les spécialistes, respectivement du droit administratif et du droit constitutionnel, la méthodologie utilisée s'impose comme un facteur déterminant pour établir la scientificité et l'autonomie de sa propre discipline, chez les généralistes, ce sont à l'inverse les postures épistémologiques préalablement adoptées qui déterminent les choix méthodologiques.

Palabras claves : métodos, la ciencia del derecho constitucional, la ciencia del derecho administrativo.

Keywords : methods, science of constitutional law, science of administrative law.

Sumario : 1. Les fondations de disciplines spécialisées : l'asymétrie des appuis méthodologiques réciproques. 1.1. Le détachement du romano-civilisme : le droit constitutionnel au service de l'autonomie d'une science du droit administratif et du droit public . 1.b. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine onstitutionnaliste. 1.2. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine onstitutionnaliste. 1.2.a.La naissance de la science du droit constitutionnel. 1.2.b.Le renouveau de la doctrine constitutionnaliste au milieu des années 1970 : le paradigme contentieux. 2. Les généralistes à l'épreuve de l'uniformité méthodologique. 2.1. Les généralistes théoriciens. 2.2 . Les généralistes esthètes. 3. Conclusion

Rappelons l'évidence : les rapports entre la doctrine constitutionnelle et la doctrine administrativiste française ont sensiblement évolué depuis le XIXème siècle, et ils sont assurément complexes. En premier lieu, en effet, les publicistes présentent de multiples visages, ce qui ne saurait être sans incidences sur le choix et l'usage des méthodes utilisées. Depuis le XIXème siècle, se côtoient des généralistes, des spécialistes, des techniciens, des théoriciens, chacun déployant des conceptions particulières de la pratique de sa science. Il existe donc en réalité *des* doctrines constitutionnalistes et *des* doctrines administrativistes. Le pluriel est sans doute plus lourd mais plus exact que le singulier. En deuxième lieu, la représentation schématique du constitutionnaliste qui procéderait par raisonnements déductifs de grands principes abstraits dégagés par la raison, sans considération *a priori* de la réalité juridique et, de l'autre, de l'administrativiste « faiseur de systèmes » qui se bornerait à induire de la lecture des arrêts des principes généraux de la matière, a tout autant les vertus que les limites de la simplification. En dernier lieu, les rapports entre les méthodes utilisées par les deux

types de travaux doctrinaux apparaissent comme hautement dépendants des rapports aux disciplines tierces, que ce soit, dans le champ juridique, le droit privé ou, au-delà du droit, les sciences politiques, l'histoire ou les sciences physiques. Ces disciplines peuvent faire office ou de modèle, ou de repoussoir ce qui, dans ce dernier cas, conduit parfois à des alliances méthodologiques objectives entre les constitutionnalistes et les administrativistes.

On ne saurait ici retracer de façon exhaustive, détaillée ou monographique l'ensemble des rapports entre les deux types doctrines. On tentera plutôt de saisir par reconstruction idéale-typique la façon dont les auteurs ont pu ou non prendre appui sur les méthodes qu'ils associent à l'une ou l'autre des doctrines pour construire l'autonomie ou la scientificité de la leur. Autrement dit, comment, dans quelle mesure et pourquoi les uns puisent-ils dans les méthodes des autres ? Et, lorsqu'il arrive que l'autre ne soit que soi-même, le droit administratif et le droit constitutionnel sont-ils analysés au moyen des mêmes outils méthodologiques ?

Il apparaît rapidement qu'au jeu des emprunts méthodologiques, les rapports entre les spécialistes des deux disciplines sont nettement asymétriques. Ne serait-ce que parce la construction d'une science juridique du droit administratif a précédé celle d'une science du droit constitutionnel, l'influence des méthodes de la première sur la seconde est plus significative que l'inverse. Le diagnostic devient toutefois plus complexe dès lors que l'on envisage les auteurs généralistes pour lesquels les choix épistémologiques ou les représentations unitaires de l'objet étudié (le « droit public » ou l'« Etat ») jouent un rôle déterminant sur les méthodes employées. En d'autres termes, tandis que chez les spécialistes la méthodologie utilisée ou annoncée peut être un facteur déterminant pour établir la scientificité et l'autonomie de sa discipline - ce qui explique en partie que celle bâtie en second s'appuie sur celle qui s'est autonomisée la première - (I), chez les généralistes, les postures épistémologiques déterminent les usages méthodologiques (II).

1. Les fondations de disciplines spécialisées : l'asymétrie des appuis méthodologiques réciproques

L'édification de doctrines spécialisées en droit administratif ou en droit constitutionnel s'est réalisée par un jeu d'appuis réciproques sur l'objet ou les méthodes de l'autre. Ces appuis ne sont toutefois pas de la même nature, ni de la même intensité. Tandis que l'étude du droit constitutionnel a permis à ceux qui se sont d'abord concentrés sur le droit administratif d'édifier un corps de juristes publicistes se distinguant des civilistes (A), les méthodes de la doctrine administrativiste ont pu directement ou indirectement servir la scientificité et la juridicité d'une partie de la doctrine constitutionnaliste (B).

1.1. Le détachement du romano-civilisme : le droit constitutionnel au service de l'autonomie d'une science du droit administratif et du droit public

L'édification d'une science juridique du droit administratif a été entreprise avant celle du droit constitutionnel considéré, tout au long du XIX^{ème} siècle, comme un droit politique. Les premiers juristes qui se sont intéressés à l'activité juridique de l'administration de l'Etat et à la nouvelle institution qu'était le Conseil d'Etat, ont eu

pour réflexe de reprendre le modèle dominant du travail scientifique des juristes que constituaient à l'époque l'exégèse et la codification du droit civil. Des techniciens de l'administration (Blanchet, Bonnin, Fleurigeon, Lalouette, Solon...) s'engagent ainsi dans une œuvre de compilation des sources du droit émergeant. « Il s'agissait de divulguer en premier lieu le droit administratif avant de pouvoir (enfin) le commenter »¹. D'autres se donnent un horizon plus systématique. Ils trouvent dans l'inspiration romaniste des catégorisations civilistes les attributs de la scientificité de la discipline qu'ils entendent construire. Ils cherchent alors à « se fonder sur des principes pour mettre en ordre et coordonner une législation et une réglementation foisonnantes, afin d'en faire 'sentir l'harmonie' et de préparer la rédaction d'un futur code administratif »². La mission du publiciste est de donner à l'administration son code comme les civilistes en ont confectionné un pour régir les rapports entre particuliers. Le titre très symbolique des *Institutes du droit administratif ou Eléments du Code administratif*³ de J.- M. De Gerando en fournit une des meilleures illustrations.

A partir des années 1840, certains auteurs, notamment L.-A. Macarel, entendent rompre avec la tradition romano-civiliste. Ils entreprennent de réorienter le travail du juriste publiciste vers la découverte de principes généraux supposés spécifiquement guider le droit qu'ils étudient. Il ne s'agit plus de compiler ou de codifier selon un modèle préformaté par d'autres, mais de s'engager dans un travail original, essentiellement inductif, de remontée à des principes fondateurs. Ce faisant, le corpus objet de l'analyse change de nature : l'étude de la législation et de la réglementation cède le pas à celle de la jurisprudence. Le compilateur de texte s'efface au profit de l'arrêviste.

On le voit, le juriste qui œuvre pour l'autonomie du droit public et de sa science se préoccupe avant tout du droit administratif. Certes, aucun juriste sérieux ne méconnaît la constitution de son époque soit, à l'instar d'un L.-M. Lahaye de Cormenin, pour la critiquer, soit pour en mentionner les éléments les plus importants en exergue de leurs enseignements ou en introduction d'ouvrages relatifs au droit administratif et au droit public⁴. Il reste que le droit constitutionnel était considéré jusqu'à la III^{ème} République comme « un droit séditieux, politique, jugé dangereux »⁵. A de rares exceptions près, on le nommait d'ailleurs, non sans accent péjoratif, « droit politique »⁶ ou « politique constitutionnelle »⁷.

Il serait toutefois réducteur d'opposer la technicité désincarnée du droit administratif au caractère engagé et idéologique du droit constitutionnel. Le Conseil d'Etat a maintes

¹ M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2009, p. 41.

² P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, LGDJ, 2004, p. 111.

³ Paris, Nève, 1829.

⁴ A titre d'exemple : A. Le Rat de Magnitot et A. Huart Delamarre, *Dictionnaire de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1836 ; Serrigny, *Questions et traités de droit administratif*, Paris, Durand, 1854 ; A.-P. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1864....

⁵ M. Touzeil-Divina, *op. cit.*, p. 140.

⁶ Par exemple, L.-A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833. *Contra* : F. Berriat-Saint-Prix, *Une théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851. Le contenu était toutefois très appréciatif et, en l'occurrence, laudatif de la constitution de la II^{ème} République.

⁷ B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836 ; J. L.E. Ortolan, *Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle*, Paris, Fanjat aîné, 1831.

fois été critiqué pour ses « inconstances politiques »⁸. Il n'en demeure pas moins, et c'est l'important ici, que les auteurs qui entendent établir la scientificité de la discipline qu'ils construisent, misent sur la dépolitisation des concepts et des méthodes d'analyse employés. Par conséquent, à supposer que la distinction entre doctrine « administrativiste » et doctrine « constitutionnaliste » ait un sens dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, celle-ci se s'établit par les orientations épistémologiques respectives des deux doctrines. Les premiers publicistes-administrativistes ont une visée pédagogique : compiler, pouvoir connaître, décrire avant de commenter, d'évaluer ou de théoriser. A l'inverse, la démarche des premiers publicistes-constitutionnalistes s'inscrit dans une philosophie de l'histoire ou une idéologie politique évaluative du bien-fondé et du fonctionnement des régimes. Ce contraste est particulièrement bien illustré par les reproches adressés par A. de Tocqueville aux cours de droit administratif de L.-A. Macarel. Ces derniers se contenteraient de « décrire » et de rechercher « l'exactitude et la clarté », plutôt que de « juger » en profondeur⁹. La remarque est d'autant plus notable que L.-A. Macarel ne fait pas l'économie d'appréciation idéologique lorsqu'il aborde le droit politique¹⁰.

Dès le milieu du XIX^{ème}, des auteurs comme V.-E.-M. Foucart¹¹, T. Ducrocq ou F. Laferrière puis E. Laferrière conduisent à reconsidérer ce schéma, en raison de l'importance nouvelle qu'ils confèrent à la constitution pour encadrer les rapports qu'entretient l'Etat avec les administrés. Ces auteurs sont convaincus « de la nécessité d'une constitution » pour « organiser l'Etat et (...) régir ainsi (...) les pouvoirs publics mais aussi pour garantir et promouvoir les libertés de chaque administré »¹². La jonction entre le droit administratif et le droit constitutionnel s'effectue donc ici par l'intermédiaire des droits et libertés des citoyens. Leur protection, considérée comme relevant de la matière constitutionnelle, constitue le but du droit administratif et la mission du juge administratif.

Cette orientation a des effets sur la façon de concevoir, d'une part, les rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel et, d'autre part, la science du droit administratif. Le droit administratif devient une continuité, « une dépendance du droit constitutionnel » précisément parce qu'il a pour tâche de définir et de poser les droits et libertés des citoyens¹³. Partant, cela conduit sur le plan méthodologique la doctrine publiciste-administrativiste à se détourner quasi-définitivement de la codification et de l'exégèse, pour engager l'enseignement et l'étude du droit administratif « à partir du droit constitutionnel et non » plus « en fonction du droit privé »¹⁴. Selon des perspectives et des intensités variables, les auteurs partent à la recherche d'axiomes de la

⁸ L. Béquet, « Avant-propos », *Répertoire de droit administratif*, t. 1, 1882.

⁹ A. de Tocqueville, « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel », in *Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, 1845, tome XXV, p. 351.

¹⁰ Voir L.-A. Macarel, *Eléments de droit politique*, *op. cit.*

¹¹ E.-V.-M. Foucart, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videococq, 1844.

¹² M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 182.

¹³ P. Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 90 et s.

¹⁴ M. Touzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195. « En ce qui concerne le plan général des développements, j'ai cru devoir en chercher les bases dans les entrailles même du droit administratif, et non dans les analogies plus spécieuses que fondées, puisées dans le droit civil et peu réalisables dans le droit administratif », T. Ducrocq, *Préface au Cours de droit administratif*, Paris, 1862, Sirey, cité, in M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195.

matière, de principes fondateurs compatibles ou cohérents avec l'esprit des nouvelles lois constitutionnelles de la III^{ème} République.

Un lien peut donc être établi entre l'intégration à part entière du droit constitutionnel dans l'objet d'étude des publicistes et la réorientation méthodologique de la science qui l'appréhende. En donnant un fondement constitutionnel au droit administratif, les publicistes visent à détacher ce dernier de l'emprise civiliste et ouvrent un espace de définition des méthodes et des finalités propres de leur science. Le droit constitutionnel a donc servi la doctrine administrativiste pour construire une science du droit public autonome et théoriser son objet¹⁵.

1.2. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine constitutionnaliste

A deux reprises historiques au moins, mais dans des contextes académiques très différents, les méthodes utilisées par les administrativistes ont sciemment ou inconsciemment servi d'horizon pour la construction d'une science juridique du droit constitutionnel. Cela a tout d'abord été vrai au moment des premières tentatives d'autonomisation d'une science du droit constitutionnel au début du XX^{ème} siècle (1), puis à l'occasion du développement de contrôle de constitutionnalité à la fin du XX^{ème} siècle (2).

1.2.a. La naissance de la science du droit constitutionnel

La création officielle de cours de droit constitutionnel parmi les enseignements des Facultés de droit à partir des années 1880 ouvre la perspective d'une pensée de l'autonomie scientifique de l'étude de cette matière. Sur le plan méthodologique, l'autonomie de la science du droit constitutionnel s'inscrit dans un jeu à plusieurs bandes. Celle-ci doit en effet se forger une place face aux civilistes et à leur méthode exégétique¹⁶, face aux administrativistes spécialistes, ou encore face à certains théoriciens généralistes attirés, voire captés, par les sciences sociales et l'expansion de la sociologie¹⁷.

Dans ce contexte, c'est de la méthodologie employée par la doctrine administrativiste que vont se rapprocher les promoteurs d'une science juridique du droit constitutionnel. Ce rapprochement méthodologique n'est pas toujours revendiqué. Il n'est pas non plus

¹⁵ On peut alors conclure avec J. Montain-Domenach : « en se développant hors des cadres du droit privé, le droit public définit les éléments constitutifs de la science juridique et s'oppose aux méthodes des exégètes. L'enseignement du droit s'éloigne de plus en plus de ses caractéristiques premières pour devenir théorique », *Le système d'enseignement du droit en France*, Tome 1, p. 68, cité in M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶ Voir le rejet tout particulier de l'application de cette méthode en droit constitutionnel par H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 375

¹⁷ A. Esmein notamment oppose la sociologie et la science juridique par la différence ontologique des objets observés : la première a un objet naturel et recherche les lois naturelles qui (pré-)déterminent l'activité de son objet ; la seconde a un objet abstrait et artificiel, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose et Forcel, 1896, pp. 31 et s.

détaché de tout rapport de force sur le plan institutionnel, ni de tout enjeux quant à la délimitation des objets « droit constitutionnel » et « droit administratif ».

A. Esmein¹⁸, l'un des premiers juristes à avoir enseigné à la Faculté de droit de Paris la nouvelle matière que constituent les « Eléments de droit constitutionnel et l'organisation des pouvoirs public », illustre à merveille l'attitude méthodologique de ceux qui entendent construire une véritable science juridique du droit constitutionnel. Il distinguait ainsi deux façons de concevoir les méthodes de la science du droit.

La première méthode est abstraite et déductive, voire métaphysique. Elle se fonde sur des concepts définis *a priori* pour apprécier la réalité. A. Esmein la considère comme « aussi vieille que le droit lui-même » et la qualifie de « dogmatique »¹⁹. La seconde méthode est inductive. Elle part de l'observation de l'histoire du droit et du droit comparé. Elle est « appelée à renouveler toutes les sciences juridiques »²⁰ et à les ériger à la hauteur de la scientificité des sciences expérimentales desquelles elle s'inspire. Tandis que certains estiment que seule cette méthode garantit la scientificité du droit constitutionnel²¹, A. Esmein pense les deux méthodes sur le mode de la complémentarité. Toutefois, comme le montre J. Boudon, et contrairement à ce qu'ont pu soutenir les contemporains d'A. Esmein qui l'ont associé à la méthode expérimentale, cet auteur est resté profondément ancré dans un univers conceptuel déductif. Il part le plus souvent de principes abstraits et axiomatiques pour y intégrer, modeler, quitte parfois à en contorsionner les données, le droit positif²².

Quoi qu'il en soit, la méthode inductive préconisée pour forger une authentique science du droit constitutionnel n'est pas très éloignée de celle associée à la science du droit administratif de l'époque. Les « faiseurs de système » étaient censés remonter « du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un » et s'efforçant « de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »²³. Le trait qui distingue ici significativement les deux types de doctrine est le corpus d'observation. Les constitutionnalistes analysent des textes et éventuellement des pratiques institutionnelles – la brièveté des lois constitutionnelles de la III^e République a notamment favorisé l'émergence d'une théorie des coutumes constitutionnelles –, tandis que les administrativistes de la III^e République se concentrent essentiellement sur l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette proximité des méthodes employées ou préconisées permet de comprendre que la majorité des administrativistes n'ait pas contesté la scientificité du droit constitutionnel

¹⁸ A. Esmein, *op. cit.* ; « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *NRHD*, 1900, t. 35, p. 493; voir J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », in S. Pinon, P.-H. Prélôt (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Monstchrestien, 2009, p. 82.

¹⁹ « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *op. cit.* ; cité in J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *op.cit.*, p. 74.

²⁰ *Ibid.*

²¹ H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 375.

²² J. Boudon, *op. cit.*

²³ J. Rivero, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », *D.*, 1951, chr. XXIII, pp. 100 et 101. Pour J. Rivero, le *Traité de la juridiction administrative* d'E. Laferrière est l'illustration pour excellence de « la volonté de systématiser autour de quelques grandes notions simples une matière complexe et confuse ».

naissant. Certains pensaient même, non sans raison, avoir les outils nécessaires pour l'analyser, voire l'« annexer » et le « priver de toute autonomie »²⁴.

1.2.b. Le renouveau de la doctrine constitutionnaliste au milieu des années 1970 : le paradigme contentieux

La différence de sources objets de l'observation qui distinguait les administrativistes et les constitutionnalistes du début du XX^{ème} siècle, s'efface au milieu des années 1970 avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci est l'occasion d'une réorientation du travail des constitutionnalistes. Une nouvelle fois, ces derniers trouvent dans les méthodes et les catégories d'analyse du contentieux administratif l'appui nécessaire pour établir la juridicité de leurs études, non plus, cette fois, pour s'autonomiser des civilistes mais pour se dégager de l'emprise des sciences politiques. En effet, la période de l'après deuxième guerre mondiale est caractérisée par la forte tendance des spécialistes du droit constitutionnel à fondre leur objet dans celui d'une science politique, estimée plus complète et explicative. Pour B. Mirkine-Guetzevitch par exemple, il n'existe point de salut pour le droit constitutionnel en dehors de la science politique²⁵. De façon caractéristique, la matière enseignée en première année s'intitule « Droit constitutionnel et institutions politiques » ou « Droit constitutionnel et sciences politiques ». Ce titre irrigue également les manuels qui insistent tous sur la continuité et la connexité du droit constitutionnel et la science politique²⁶. Dans ces circonstances, l'écart se creuse entre les spécialistes du droit administratif qui technisent et affinent leurs instruments d'analyse du contentieux²⁷, et les constitutionnalistes qui chaussent les lunettes du politologue.

On comprend dès lors l'importance que revêt le développement du contrôle de constitutionnalité des lois pour l'évolution de ce panorama. Il offre aux constitutionnalistes un nouvel objet qui certes peut être analysé par les sciences

²⁴ J. Boudon, *op. cit.*, p. 84.

²⁵ « Ceux qui ne voient dans la vie constitutionnelle que le jeu des règles juridiques, qui ne voient dans le constitutionnel que le juridique, mettent en doute l'existence même de la science politique. Or, si la méconnaissance de règles juridiques est, certes dangereuse, non moins dangereux sont les abus, les excès, la rigidité de ce qu'on peut appeler le 'monisme juridique', c'est-à-dire le fait de ne voir dans le fonctionnement des institutions politiques que la technicité juridique. On peut évidemment étudier les régimes politiques en ne les abordant que du point de vue du droit ; mais on en peut pas les comprendre sans philosophie politique, sans interprétation de l'histoire des idées, sans science politique », « Propos de méthodes », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, n° 1 -2. Comme le conclut à ce sujet J.-L. Mestre, « Tout est dit. Maurice Duverger et la science politique à l'américaine peuvent investir le droit constitutionnel », J.-L. Mestre, « Histoire du droit constitutionnel et de son enseignement », in L. Favoreu et (alii.), *Droit constitutionnel*, 1998, p. 41.

²⁶ Par exemple, B. Chantebout affirme dans les avant-propos de son ouvrage *Droit constitutionnel et science politique* à la fin 1970 et début des années 1980 : « Transition vers les études de droit, la science politique est aussi une initiation à la démarche juridique (...). Quoique notre ambition soit d'abord de faire comprendre la logique qui préside à l'établissement des systèmes politiques et d'analyser leur fonctionnement, il importe de ne pas négliger cet autre aspect de la matière », c'est-à-dire la compréhension des règles de droit qui encadrent le pouvoir », Paris, Armand Colin, 1983, 5^{ème} édition, p. V.

²⁷ G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », in *Pages de doctrine*, p. 71. On ne saurait toutefois négliger l'influence des sciences politiques chez certains juristes spécialistes de l'administration (R. Drago, D. Lochak, J. Chevallier, J.-A. Mazère...) qui se sont engagés dans l'élaboration d'une science administrative.

politiques, mais qui confère au droit observé un double aspect technique et contentieux (adjectif d'ailleurs non neutre dans ce contexte) dont il était jusqu'alors dépourvu. Beaucoup de juristes publicistes auparavant généralistes ou formés dans le moule du droit administratif (G. Vedel, L. Philip, L. Favoreu, M. Verpeaux, B. Mathieu...), se saisissent de cette nouvelle donne pour réorienter l'objet de la doctrine constitutionnaliste. L'organe naguère déconsidéré en raison de son caractère politique est alors pris dans une stratégie de juridictionnalisation qui le sert au passage tout autant que la doctrine qui en devient spécialiste. Le Conseil constitutionnel est réputé « dire le droit constitutionnel » comme le Conseil d'Etat « dit le droit administratif ». L'analyse de ce nouveau droit est supposée exiger la constitution d'un corps de spécialistes qui emploie des méthodes et des grilles d'analyse éprouvées pour l'étude d'autres pans normatifs indiscutablement auréolés du label juridique. Le constitutionnaliste peut alors devenir un véritable juriste et non plus seulement un politologue.

Les emprunts conceptuels et méthodologiques faits à la doctrine administrativiste, en les adaptant parfois à une spécificité décelée ou difficilement réductible des décisions du Conseil constitutionnel, est saisissante. Les commentaires de décision s'inspirent de la structure des commentaires d'arrêts, et aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* font échos les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Les termes de jurisprudence et de contentieux constitutionnels deviennent rapidement incontournables²⁸. Ou encore, à la notion d'autorité de la chose jugée répond celle d'autorité de la chose décidée ou interprétée. Si, à titre d'illustration, on lit dans le détail le chapitre consacré aux « techniques de contrôle » du manuel de D. Rousseau intitulé *Droit du contentieux constitutionnel*, on y trouve présentés « les cas d'ouverture du contrôle de la constitutionnalité ». Ceux-ci recouvrent l'analyse du « contrôle de constitutionnalité interne » et du « contrôle la constitutionnalité externe ». Ceux-ci sont respectivement consacrés, pour le premier, à « l'incompétence » divisée en incompétences positives et négatives, (notions tout droit héritées du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière²⁹) et aux vices de procédure et, pour le second, à la violation de la constitution et au détournement de pouvoir. S'agissant de ce dernier, D. Rousseau, comme d'autres, admet qu'il est plus difficile pour des raisons techniques ou démocratiques de scruter l'intention du législateur et de sanctionner son « erreur manifeste » ou son « détournement de pouvoir » que pour l'administration. Le Conseil affirme d'ailleurs lui-même ne pas disposer d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur. Il n'en demeure pas moins que le concept « d'erreur manifeste » apparaît souvent expressément, en filigrane ou de façon détournée, pour relater le contrôle que le Conseil exerce en matière de conciliation entre droits et libertés ou entre ces derniers et d'autres principes ou objectifs à valeur constitutionnelle. La mobilisation de ce type de concepts est ici encouragée par le fait que le Conseil constitutionnel annonce lui-même veiller à

²⁸ Voir par exemple, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2009 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

²⁹ A. Le Pillouer « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, n° 6 nov-déc 2009, pp. 1203-1214; voir par exemple, L. Vallée, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1585.

ce que le législateur ne porte pas d'atteinte manifestement excessive ou disproportionnée à l'une des normes constitutionnelles en jeu³⁰.

Le recours aux catégories et aux méthodes de la doctrine administrativiste est ainsi triplement stimulé : a) par les ressources qu'offre plus d'un siècle d'études de l'activité du Conseil d'Etat, b) par les attributs de juridicité que leur confèrent les constitutionnalistes, c) par l'attitude du Conseil constitutionnel qui trouve dans l'emprunt aux techniques de contrôle utilisées par le Conseil d'Etat les gages de sa propre juridictionnalisation. L'approche contentieuse du droit constitutionnel conduite sur le modèle de la science du droit administratif vise donc à « techniciser » et, partant, à « dépolitiser » le droit constitutionnel tant au niveau juridique que méta-juridique³¹. De la même façon que la science du droit administratif s'est construite et a pris son essor autour de l'analyse du contentieux, certains entrevoient dans l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel le renouveau d'une science des juristes sur le droit constitutionnel. L'engouement suscité par la « question prioritaire de constitutionnalité » tend à conforter l'analyse.

2. Les généralistes à l'épreuve de l'uniformité méthodologique

Cette présentation du droit constitutionnel et du droit administratif comme deux types d'objets juridiques distincts qui auraient nourri deux disciplines spécialisées n'est que partiellement exacte. Ou, pour le dire en d'autres termes, l'analyse de la construction d'approches spécialisées sur des ensembles d'énoncés normatifs, quand bien même deviendraient-elles dominantes dans le contexte juridique contemporain, ne saurait passer sous silence l'existence d'approches généralistes du droit public, voire du droit tout court.

L'approche généraliste du droit administratif et du droit constitutionnel est favorisée par une représentation unitaire de l'objet « droit » ou « droit public », centrée, selon les auteurs, autour des concepts d'Etat, d'autorité politique, de puissance publique ou de gouvernants. Les auteurs mettent alors en avant la continuité des deux matières et l'incertitude du tracé de leur frontière. Cela leur sert parfois à assoir le caractère surplombant du droit constitutionnel à l'égard du droit administratif, si ce n'est de l'ensemble du droit public³². Dès lors, il convient d'examiner si la représentation unitaire de l'objet étudié s'accompagne de l'unité méthodologique de son mode

³⁰ Voir V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *L'architecture du droit, Mélanges en l'Honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 267.

³¹ S. Henneville-Vauchez, « Le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, pp. 92-93.

³² De façon caractéristique G. Vedel affirme dans son manuel de 1949 : « ... Cette articulation des diverses branches du droit public interne, et spécialement du droit administratif, sur le droit constitutionnel est si étroite qu'elle rend malaisé le tracé d'une frontière précise. (...) Le droit constitutionnel disait-on plus haut, après M. Prelot, est la science des règles juridiques selon lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique. Mais précisément l'exercice de l'autorité politique consiste dans la direction de diverses activités de l'Etat, et notamment de l'activité administrative. (...) aucune ligne de partage ne s'impose absolument de manière impérieuse entre droit constitutionnel et droit administratif (...) ». G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, réédition, Paris, Dalloz, 2008, pp. 8-9.

d'analyse. Il apparaît que la situation varie selon les auteurs et leurs présupposés épistémologiques. On peut à cet égard distinguer deux types de généraliste : le généraliste théoricien A) et le généraliste « esthète » B).

2.1. Les généralistes théoriciens

Le début du XX^{ème} siècle sonne l'heure de gloire du juriste généraliste théoricien. Mais les approches théoriques du droit sont plurielles. On oppose à l'accoutumée les positivistes et les jusnaturalistes. Ce terme est toutefois impropre à la compréhension de certaines théories de l'époque, précisément parce que celles-ci se bâtissent sur le terrain d'une sociologie qui rejette l'idée de nature et s'attache à démontrer que tout est socialement construit. L. Duguit en fournit le meilleur exemple. Il semble donc plus précis de distinguer un courant dont on garde la dénomination de « positiviste » en tant qu'il vise à décrire le droit comme un système normatif en le déliant de ses rapports avec d'autres systèmes normatifs, et une approche que l'on appelle « objectiviste » dans la mesure où elle appréhende le droit comme un système normatif interdépendant d'autres systèmes normatifs sociaux ou moraux. Des deux côtés de la frontière, il existe des auteurs qui associent leur représentation unitaire de l'objet étudié à une unité de méthode 1) et, d'autres qui s'engouffrent dans un syncrétisme méthodologique 2).

1. Unité de l'objet, unité de la méthode

Cette attitude théorique se rencontre tant chez les positivistes que chez des objectivistes. Ainsi, par delà leurs très grandes différences, des auteurs « types » tels que R. Carré de Malberg a) ou L. Duguit b), ont pour visée commune l'analyse de l'entité « Etat » et de ses rapports au droit. Ils n'ont par conséquent aucune raison pour analyser différemment le droit qui concernerait les relations entre les pouvoirs publics et celui qui se rapporterait à l'activité de l'administration.

a) L'unité de la méthode positiviste : R. Carré de Malberg, C. Eisenmann

Pour contribuer à une théorie générale de l'Etat, R. Carré de Malberg analyse tout autant le droit constitutionnel que le droit administratif sans introduire de distinction d'approche. L'unité de sa théorie et de sa méthodologie est liée à l'unité de son objet, l'Etat, qui exerce une seule et même puissance. R. Carré de Malberg essaie d'appréhender l'exercice de cette puissance en juriste détaché de considérations sociologiques ou politiques³³. A l'instar de ces collègues allemands, le professeur strasbourgeois cherche ainsi à construire une science du droit public qui associe le droit administratif et le droit constitutionnel parce que ces derniers définissent *le* régime juridique de l'Etat. Les premières phrases de la *Contribution* sont, sur ce point, nettes : « Toute étude du droit public en général et droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'Etat. En effet, d'après la définition la plus répandue, il faut entendre par droit public le droit de l'Etat (Staatsrecht), c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'Etat entre en jeu »³⁴.

³³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, 1920, réédition CNRS, p. XV

³⁴ *Op. cit.*, p. 1.

Dans une importante note en bas de page, R. Carré de Malberg précise la méthode et le statut du théoricien positiviste à l'égard de son objet. Il préconise une démarche en deux mouvements : un mouvement ascendant de construction des catégories de la science du droit à partir des données du droit positif (démarche expérimentale et inductive) et un mouvement descendant de mise à l'épreuve des catégories à des données plus étendues du droit positif. Il s'oppose ainsi à toute pensée métaphysique ou transcendante qui construirait ses concepts *a priori*, sans considération des données concrètes du droit. « Il ne faudrait pas croire », avertit R. Carré de Malberg, « que la théorie générale de l'Etat soit la base initiale, le point de départ ou la condition préalable du système du droit public et du droit constitutionnel. (...) L'idée générale que le juriste doit se faire de l'Etat dépend, non pas de conceptions rationnelles ou *a priori*, mais bien des données positives fournies par le droit public en vigueur. L'on ne peut définir juridiquement l'Etat, l'on ne peut reconnaître et déterminer sa nature et sa consistance effective, qu'après avoir pris connaissance et en tenant compte de ses institutions de droit public et de droit constitutionnel ; et telle est aussi la méthode qui sera suivie dans cet ouvrage pour dégager des éléments de la théorie juridique générale de l'Etat»³⁵. Les concepts théoriques sont donc le produit de l'expérience. Ils ne peuvent servir de fondement à la construction d'un raisonnement que pour aider à résoudre certains problèmes qui précisément ne peuvent l'être par les seules données de l'expérience. R. Carré de Malberg évoque à ce titre les difficultés de fonctionnement de l'Etat ou la pensée de l'évolution du droit. Mais dans tous les cas, le théoricien ne doit pas perdre de vue les données de « l'ordre juridique en vigueur »³⁶.

Dans la génération suivante, C. Eisenmann est sans doute l'auteur qui présente la plus grande apparentée méthodologique avec de R. Carré de Malberg, à deux réserves près. La première est que l'unité de l'objet chez C. Eisenmann ne s'exprime plus aussi nettement par la notion d'Etat. Elle se forge davantage dans le concept de droit positif. La seconde est que C. Eisenmann procède par touches successives et addition d'analyses théoriques de son objet plutôt qu'il ne bâtit de théorie générale et systématique du droit.

b) L'unité de l'approche sociologisante : Duguit

Nombreux sont ceux qui lorsqu'ils confrontent les œuvres théoriques de L. Duguit et M. Hauriou insistent sur le caractère beaucoup plus systématique et cohérent de la pensée du premier par rapport au second³⁷. Cette appréciation est à relier à la vision profondément unitaire qu'a L. Duguit du droit. Le droit a, pour lui, vocation à encadrer les rapports entre les gouvernants et les gouvernés dans une société donnée. Quelles que soient ses déclinaisons, c'est sous cet angle qu'il convient d'appréhender les transformations et les fonctions sociales du droit. L. Duguit situe donc l'étude du droit à

³⁵ *Op. cit.*, pp. 2-3.

³⁶ « C'est seulement lorsqu'il s'agit de résoudre les difficultés relatives au fonctionnement de l'Etat ou encore de travailler sur le développement de son droit dans l'avenir que l'on peut et doit recourir à la théorie juridique générale de l'Etat comme à une base de raisonnement et à une source initiale de solution ou d'indications utiles ; mais bien entendu, il faut, même dans ce cas, rechercher les éléments de cette théorie générale dans les institutions constitutionnelles ou les règles de droit public consacrées dans l'ordre juridique en vigueur », *op. cit.*, pp. 2-3.

³⁷ Voir par exemple, P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, LGDJ, 2004, p. 117 ; A. de Laubadère, « Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit », Paris, LGDJ, 1980, t. 1, in *Pages de doctrine*, p. 22

un haut degré de généralité, ce qui n'est pas indifférent au fait qu'il présente sa réflexion sous le label du droit constitutionnel plutôt que sous celui du droit administratif. Mais il n'aura échappé à personne que son *Traité de droit constitutionnel* aborde aussi le droit administratif. Comme le relève A. de Laubadère³⁸, pour Duguit la « *liaison du droit administratif à la théorie générale du droit est concrétisée par le fait que toutes ses théories du droit administratifs figurent dans son Traité de droit constitutionnel et qu'il s'est bien gardé de donner au tome III, dans lequel se rencontrent les principales, le titre ou le sous-titre de 'Droit administratif'* ».

2. Le syncrétisme méthodologique de M. Hauriou

Contrairement, d'un côté, à L. Duguit qui intègre le droit administratif dans son traité de droit constitutionnel et, de l'autre, à ses prédécesseurs administrativistes pour lesquels la mention de la notion de droit public dans le titre de leurs ouvrages était parfois un prétexte à traiter le droit constitutionnel, M. Hauriou sépare l'étude des deux matières. Il est muet sur le droit constitutionnel dans son *Traité de droit administratif et de droit public*, du moins dans sa version de 1933. En revanche, il publie un *Précis de droit constitutionnel* distinct qui déploie une approche sensiblement différente de celle qui prédomine dans le *Traité*. Ou, pour le dire autrement ; M. Hauriou fait preuve, selon l'expression de A. De Laubadère et G. Vedel, d'un « syncrétisme méthodologique » qui associe voire amalgame « dans un même et unique raisonnement, la logique juridique, l'analyse historique et la préférence politique »³⁹ ou morale. De plus, le point d'équilibre entre ces différentes approches varie en fonction des objets analysés. Le *Traité de droit administratif et de droit public* est beaucoup plus soucieux de comprendre l'identité et les déclinaisons du droit administratif, que le *Précis de droit constitutionnel* ne cherche à fonder l'autonomie d'une nouvelle discipline juridique. A l'abord du droit constitutionnel, M. Hauriou entend plutôt construire une théorie politique de l'Etat. Ainsi, comme le note N. Foulquier : « les écrits constitutionnels de Maurice Hauriou ont souvent dérouté les juristes de la seconde moitié du XX^e siècle, surtout les français, car Hauriou ne s'y faisait pas juriste ! Il ne proposait pas une théorie juridique de l'Etat et encore moins un 'précis des institutions' ou une glose sur les lois constitutionnelles de 1875, mais une théorie politique de l'Etat, comme il ne cessait de l'affirmer, même si pour Hauriou, le politique n'était jamais loin du droit car tous deux avaient à voir avec la Justice »⁴⁰.

Il nous semble que ce syncrétisme méthodologique dans la mesure où il ouvre la pensée du juriste à une pluralité de disciplines sans réelle construction de la cohérence et de la systématisation de leurs agencements, n'est pas indifférent à l'inclinaison esthétique de la génération des généralistes qui suivront le doyen de Toulouse et sur laquelle il a exercé une certaine fascination.

2.2 . Les généralistes esthètes

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 25 ; G. Vedel, « Hauriou et le science politique », in *Pages de doctrine, op. cit.*, p. 48.

⁴⁰ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html>

Au généraliste théoricien, répond une autre figure du généraliste qui se montre moins soucieux de forger un ensemble systématique et cohérent de concepts explicatifs que d'aborder le droit avec l'esprit de finesse d'un juriste homme de lettre. Les auteurs visés, dont J. Rivero ou G. Vedel constituent les modèles, mobilisent dans leurs travaux une culture générale qui dépasse largement le droit sans répondre à des schémas théoriques ou méthodologiques préalablement construits. Les auteurs éclairent le droit, au gré des cas considérés, par l'histoire, la sociologie, la science politique ou la morale. Le généraliste esthète forge ainsi une image originale du juriste publiciste qui allie une maîtrise étendue de la connaissance du droit positif et un goût pour l'image et la métaphore. Le généraliste esthète est *in fine* attentif à la plaisance du style, au bon mot, au bon sens et parfois à l'humour. Les *Cours de droit administratif* de C. Eisenmann ou de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de R. Carré de Malberg deviennent à leur contact des œuvres sans doute rigoureuses mais arides.

S'agissant par exemple de G. Vedel, qui deviendra académicien, on peut être frappé qu'il fonde, dès l'introduction de son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* en 1949, la distinction entre le droit public et le droit privé davantage sur une impression, une sensation, que sur des critères rationnels et tranchés : « Il suffit d'observer que la distinction du droit public et du droit privé correspond tout simplement à cette idée qu'il existe nécessairement une différence de méthode ou tout au moins de 'climat' entre les branches du droit en se rapportant principalement à l'activité de la puissance publique et celles qui se rapportent aux activités privées des individus »⁴¹. Ou encore, G. Vedel renonce à théoriser les méthodes de conciliation des principes constitutionnels en concluant que l'« on est dans le monde de l'esprit de finesse plus que de l'esprit de géométrie »⁴². L'auteur fait ainsi usage de nombreuses images et métaphores dont certaines sont restées célèbres. Evoquons « le lit de justice », l'absence de « no man's land » constitutionnel ou le spectateur qui regarde passer « les véhicules » du Tour de France (façon d'ailleurs étonnante de désigner des cyclistes) tout comme la doctrine observerait le Conseil constitutionnel⁴³.

Mais au rang des esthètes stylistiques, J. Rivero est sans doute le maître. Qui a oublié les mésaventures du Huron au Conseil d'Etat ou l'apologie des « faiseurs de systèmes » (bien qu'en l'occurrence l'expression lui a été soufflée par le Conseiller d'Etat Chenot) ? Tout juriste sait également qu'une hirondelle n'annonce pas forcément le printemps du contrôle de constitutionnalité.

Il ne s'agit pas de réduire le travail de ces généralistes à un concours de bons mots. Toutefois l'esthétisme du style n'est pas éloigné d'un esthétisme épistémologique. L'effort pour comprendre et faire comprendre le droit s'est bâti en dehors de toute visée de construction d'une théorie générale du droit, comme de tout cadre théorique structuré et uniforme préétabli.

3. Conclusion

⁴¹ G. Vedel, *op. cit.*, p. 4.

⁴² G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 59 et 60

⁴³ G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *R.D.P.*, 1989, p. 14

La conclusion de cette reconstruction générale des rapports entre les méthodes utilisées par la doctrine administrativiste et la doctrine constitutionnaliste oscille entre simplicité et complexité. Ces deux doctrines, quand elles ne se confondent pas, sont plurielles. La constructions de leurs méthodes propres comme les emprunts faits à d'autres disciplines dépendent des contextes institutionnels, scientifiques et académiques dans lesquels elles se déploient, tout autant que de la conception qu'a chaque juriste singulier de la façon dont il peut exprimer un discours réputé scientifique, crédible ou recevable par ses pairs. A ce jeu de crédibilisation par la copie de l'autre, les constitutionnalistes ont sans doute plus de dettes à l'égard des administrativistes que l'inverse.

**DOTTORATI INDUSTRIALI, APPRENDISTATO PER LA RICERCA,
FORMAZIONE IN AMBIENTE DI LAVORO.
IL CASO ITALIANO NEL CONTESTO INTERNAZIONALE E COMPARATO**

MICHELE TIRABOSCHI
Professore Ordinario di Diritto del lavoro

University of Modena and Reggio Emilia (Italia)

Resumen: El autor aborda – por primera vez en Italia de manera sistemática y en clave comparada – la formación de doctores en el lugar de trabajo, analizando el doctorado industrial y el contrato de formación y aprendizaje de alta formación, en el amplio contexto de la difícil relación entre la universidad, el mercado de trabajo y el tejido productivo. El autor, incorporando los resultados de una serie de estudios que se encuentran en vía de consolidación a nivel nacional y supranacional – en los que se investiga la relación entre universidad y empresas únicamente desde la perspectiva de la empleabilidad de los que han finalizado un Doctorado – se distancia, al mismo tiempo, de ellos y se plantea los efectos que estas experiencias pueden tener en el tejido productivo y en las capacidades de innovación de las empresas italianas. A pesar de que en el extranjero existe una amplia literatura jurídica sobre la investigación cooperativa, los *Industrial Doctorates* y los *Professional Doctorates*, en Italia, la introducción – con el art. 11, apartado 2, del d.m. 8 de febrero de 2013 n. 45 – del concepto de los doctorados industriales ha despertado un tenue interés y sigue existiendo, aún un año después, una fuerte incertidumbre en cuanto a las modalidades concretas de implementación de esta forma innovadora de doctorados. En este contexto, el análisis llevado a cabo por el autor se configura como un primer intento de realizar una investigación sobre este nuevo tipo de doctorado, partiendo de la comparación con los Países en los que estas experiencias se utilizan desde hace décadas. Al mismo tiempo, el autor señala cuales son los elementos que impiden la formación en el lugar de trabajo en el ámbito de la formación superior en Italia: la falta de una dimensión de *placement* en la planificación de las carreras y la falta de atención por parte de los sistemas de relaciones industriales. Es necesario señalar que los mismos elementos que impiden la consolidación del aprendizaje de alta formación y del contrato de formación y aprendizaje para la investigación, resultan claves para la creación de un mercado de trabajo que ponga en contacto el sistema productivo y la universidad.

Abstract: This pioneering work provides a systemic and comparative analysis of on-the-job training and research in Italy. This is done through an examination of industrial PhDs and apprenticeships for research purposes, which also takes account of the complex relations between businesses, tertiary education, and the labour market. To this end, the paper discusses the relationship between universities and employers, which is usually investigated through a perspective that only considers PhDs' employability. Although a long-established research strand at both national and supranational level, the author tries to move away from this approach, questioning the effects that these new arrangements might have on productivity and the employers' innovation capability in Italy. Cooperative research, and industrial and professional doctorates have been extensively covered in international literature. On the contrary, little interest has been

shown towards industrial PhDs in Italy, even following the enforcement of Art. 11, par. 2 of Ministerial Decree No. 45 of 8 February 2013. A year since the Decree's entry into force has elapsed, yet uncertainty still lingers over how to implement these innovative doctoral programmes. Consequently, this analysis sets out to be a first attempt at analyzing industrial PhDs, drawing on a comparison with those countries where they have been in place for a long time. The paper identifies a number of obstacles which act as stumbling blocks to the implementation of on-the-job training in higher education: the absence of placement services in the planning of training schemes and little commitment on the part of industrial relations actors. These shortcomings are the same which hamper the diffusion of apprenticeship schemes – including those for research purposes – which are decisive to fill the void between education and the labour market.

Palabras claves: Doctorandos, Universidad, Empresas

Keywords: Profesional Doctor, University, Business

Sommario: 1. Posizione del problema. 2. Dottorati industriali: identificazione della fattispecie. 3. *Segue:* l'utilità di un confronto comparato. 4. I vincoli di natura giuridica, istituzionale e procedimentale: la persistente assenza di una dimensione di *placement* nella costruzione dei percorsi di (alta) formazione e ricerca e il muro del sistema di relazioni industriali verso la formazione in ambiente di lavoro. 5. I vincoli lavoristici e di natura contrattuale. L'importanza dell'apprendistato per la ricerca nella strutturazione del mercato del lavoro intermedio tra sistema produttivo e università.

1. Posizione del problema

È da almeno un paio di decenni che si registra, in ambito internazionale e nella riflessione comparata, una crescente attenzione verso l'emersione di innovativi percorsi di alta formazione universitaria e, segnatamente, verso quelle nuove tipologie di dottorato di ricerca che risultano maggiormente orientate alla collaborazione con le imprese e, più in generale, alla soddisfazione dei fabbisogni professionali espressi dal mercato del lavoro ⁽¹⁾. Una letteratura oramai cospicua segnala, con puntualità di dettagli e conseguenti valutazioni di carattere teorico-ricostruttivo ⁽²⁾, le molteplici

⁽¹⁾ Cfr. V.L. MEEK, U. TEICHLER, M-L. KEARNEY (eds.), *Higher Education, Research and Innovation: Changing Dynamics*, Report on the UNESCO Forum on Higher Education, Research and Knowledge, 2001-2009, International Centre for Higher Education Research, Kassel 2009 cui adde M. PERKMANN, K. WALSH, *University-industry relationships and open innovation: towards a research agenda*, in *International Journal of Management Reviews*, 2007, pp. 259-280 e L. BORREL DAMIAN (a cura di), *University-industry partnership for enhancing knowledge sharing*. Doc-careers project, European University Association, 2009. Cfr. altresì A. KOTTMANN, E. WEYER, *Exploration of the implementation of the principles for innovative doctoral training in Europe, 2013*, Rapporto finale per la Commissione Europea, ARES(2011) 932978 (il rapporto è reperibile all'indirizzo internet www.faredottorato.it).

⁽²⁾ Cfr., tra i tanti, M. NERAD, *Increase in PhD Production and Reform of Doctoral Education Worldwide*, in Higher Education Forum, Hiroshima, marzo 2010, pp. 69-84. Cfr. altresì: K. HARMAN, *Challenging Traditional Research Training Culture: Industry-oriented Doctoral Programs in Australian Cooperative Research Centres*, in J. VALIMAA, O-H. YLIJOKI (eds.), *Cultural Perspectives on Higher Education*, Springer, the Netherlands, 2008, pp. 174-190; L. SERVAGE, *Alternative and professional doctoral programs: what is driving the demand?*, in *Studies in Higher Education*, 2007, pp. 765-779.

esperienze avviate in numerosi Paesi e la parallela evoluzione del quadro normativo di riferimento ⁽³⁾.

Non così si può dire, tuttavia, per l'Italia. Ancora non si parla dei dottorati cosiddetti professionali presenti nella esperienza americana, australiana e inglese, mentre scarso interesse ha sin qui destato la recente introduzione da parte del Ministero della Istruzione, della Università e della Ricerca della figura dei dottorati industriali che pure sono diffusi da oltre quarant'anni nel Nord-Europa. Né più né meno, in realtà, di quanto già accaduto dieci anni prima ⁽⁴⁾ con riferimento alla previsione di innovativi percorsi di dottorato di ricerca in apprendistato che, seppure successivamente rilanciata nell'ambito della revisione dei contratti di apprendistato di alta formazione ⁽⁵⁾, è rimasta senza alcun rilevante seguito applicativo.

Non mancano invero anche in Italia importanti misure di incentivazione economica agli investimenti privati nella ricerca universitaria ⁽⁶⁾ e, almeno sulla carta, importanti misure di sostegno alla assunzione a tempo indeterminato di dottori di ricerca e laureati magistrali in discipline tecnico-scientifiche che siano impegnati in attività di ricerca e sviluppo ⁽⁷⁾. Eppure, con specifico riferimento ai dottorati di ricerca, si registra ancora oggi una scarsa attenzione (non solo a livello normativo, ma anche nella progettazione della offerta formativa degli atenei) al mercato del lavoro e mondo delle professioni e, più in generale, a una collaborazione con le imprese che non sia solo di facciata. Ampia testimonianza di tutto ciò è fornita dalla pressoché totale assenza di letteratura di riferimento e ancor di più, sul piano pratico e applicativo, dai modesti numeri dell'apprendistato di alta formazione e ricerca, nonostante sia oramai cospicua la quantità di protocolli, convenzioni e accordi quadro che auspicano, ma solo raramente realizzano ⁽⁸⁾, una più intensa cooperazione con le imprese e il sistema produttivo.

⁽³⁾ Si veda, al riguardo, la dettagliata ricognizione di M. JONES, *Issues in Doctoral Studies - Forty Years of Journal Discussion: Where have we been and where are we going?*, in *International Journal of Doctoral Studies*, vol. 8/2013, pp. 83-104, che sintetizza il dibattito contenuto in 995 articoli pubblicati tra il 1971 e il 2012 in materia di percorsi di dottorato di ricerca.

⁽⁴⁾ Cfr. l'art. 50, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, noto come "legge Biagi". Cfr. M. TIRABOSCHI (a cura di), *Dottorati industriali e apprendistato per la ricerca: prime riflessioni e prime esperienze*, Bollettino speciale ADAPT del 16 luglio 2013, n. 22 (vedilo in www.bollettinoadapt.it).

⁽⁵⁾ Cfr. l'art. 5 del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167.

⁽⁶⁾ Si fa riferimento, in particolare, alle misure di incentivazione fiscale che si concretizzano nella possibilità, per le imprese, di dedurre integralmente il reddito d'impresa imponibile per i fondi trasferiti a titolo di contributo o di liberalità per il finanziamento alla ricerca. Tutti i trasferimenti a titolo gratuito a favore di università e fondazioni universitarie, enti di ricerca pubblici (o privati, sotto la vigilanza del MIUR) sono esenti da tasse e da imposte indirette diverse dall'IVA e da diritti dovuti a qualunque titolo. Inoltre, è ridotto del 90%, l'onorario spettante al notaio per i relativi atti. Più recentemente si veda anche il piano di finanziamento della ricerca approvato dal Consiglio dei Ministri del 6 febbraio 2014 contenente misure di sostegno immediato alle attività innovative e di ricerca nelle imprese (PON Ricerca e Innovazione in www.faredottorato.it).

⁽⁷⁾ Cfr. il decreto legge n. 83/2013 a cui ha fatto seguito il decreto del Ministero della Economia (DM 13 ottobre 2013) pubblicato il 21 gennaio 2014 in *Gazzetta Ufficiale*.

⁽⁸⁾ Cfr., tra i pochi studi in materia di collaborazione tra università italiane e sistema delle imprese, il saggio di G. ABRAMO, C. D'ANGELO, F. DI COSTA, *University-Industry Research Collaboration: A*

Anche nella più recente produzione scientifica che si è proposta di indagare, in termini programmatici e di sistema, le connessioni tra formazione, apprendimenti e mercato del lavoro ⁽⁹⁾, nessun cenno è contenuto al segmento strategico ⁽¹⁰⁾ della alta formazione universitaria e dei dottorati di ricerca in particolare, quasi come se si trattasse di un aspetto marginale nella transizione ed integrazione tra università e mondo del lavoro.

Rispetto al dibattito internazionale e alla riflessione comparata si potrebbe invero ritenere che il ritardo italiano sia principalmente dovuto alla (relativamente) recente introduzione nel nostro ordinamento dei dottorati di ricerca ⁽¹¹⁾. Eppure così non è se solo si pensa a quanto è avvenuto – e ancora sta avvenendo – in Paesi come l’Australia, il Brasile e la Malesia – certamente tra i più avanzati nella innovazione dei percorsi di formazione dottorale ⁽¹²⁾ – che pure hanno una tradizione altrettanto recente in materia di dottorati di ricerca.

Vero è, piuttosto, che nella loro trentennale esperienza, i dottorati di ricerca italiani si sono caratterizzati, spesso in negativo, come scuole autoreferenziali di formazione e cooptazione di accademici e futuri professori, più che come vibranti centri di innovazione e trasferimento tecnologico e, più in generale, terre di frontiera nella collaborazione tra università e imprese in funzione dell’avanzamento delle conoscenze del sistema economico, sociale e produttivo del Paese ⁽¹³⁾.

Proprio per questo motivo – e anche a prescindere dal nodo della radicata diffidenza del sistema di relazioni industriali italiano verso forme di apprendimento in impresa (*infra* § 4) – non sorprende la circostanza che i dottorati italiani, salvo alcune limitate e lodevoli eccezioni, siano stati non soltanto incapaci di attrarre e convogliare significativi finanziamenti privati ⁽¹⁴⁾, ma anche di progettare e realizzare robusti percorsi di

Model to Assess University Capability, in *The International Journal of Higher Education And Educational Planning*, 2011, pp. 163-181.

⁽⁹⁾ Cfr., da ultimi, S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013 e A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro tra realtà e retorica*, Cacucci, Bari, 2012.

⁽¹⁰⁾ La rilevanza strategica dei dottorati in termini sia di ricerca e sviluppo sia in funzione dello stimolo alla innovazione e accumulazione di capitale umano è bene evidenziata da una cospicua letteratura. Cfr, recentemente e tra i tanti, OECD, *Skills for Innovation and Research*, OECD Innovation Strategy, Parigi, 2010 cui *adde* L. AURIOL, M. MISU, R. FREEMAN, *Careers of doctorate holders: analysis of labour market and mobility, indicators*, STI Working Papers, OECD, Parigi, 2013 (vedilo anche in www.faredottorato.it).

⁽¹¹⁾ Con l’articolo 8 della legge 21 febbraio 1980, n. 28, Delega al Governo per il riordinamento della docenza universitaria e relativa fascia di formazione, e per la sperimentazione organizzativa e didattica.

⁽¹²⁾ Cfr. M. NERAD, *Increase in PhD Production and Reform of Doctoral Education Worldwide*, cit., spec. p. 69, p. 73, pp. 75-76,

⁽¹³⁾ Tale aspetto, seppur con minor forza e incisività, è evidenziato anche da L. BORREL DAMIAN (a cura di), *University-industry partnership for enhancing knowledge sharing*, cit. L’attuale stretto legame tra percorsi di formazione dottorale e carriera accademica è evidenziato anche nel rapporto curato dal Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, *Horizon 2020 Italia*, Roma, marzo 2013, qui p. 97.

⁽¹⁴⁾ Tendenza, questa, che riguarda più in generale la ricerca accademica nel nostro Paese: la quota di investimenti privati in attività di ricerca svolte nelle Università è pari all’1% in Italia, a fronte di una media europea del 6,8%. Vedi Fondazione Rocca e Associazione TreElle, *I numeri da cambiare. Scuola, Università e ricerca. L’Italia nel confronto internazionale*, 2012.

formazione e ricerca in funzione delle esigenze e dei fabbisogni professionali espressi dal mondo produttivo e dal mercato del lavoro.

Non è un caso, del resto, che la figura dei dottorati industriali e, più in generale, le forme di collaborazione con il sistema economico e produttivo indicate dal Ministero della Istruzione, della Università e della Ricerca sono state presentate, in prevalenza, in funzione di una sempre più sentita esigenza di occupazione o quanto meno occupabilità dei dottorandi al termine del percorso di dottorato ⁽¹⁵⁾ e non invece di un reale e convinto raccordo tra il mondo accademico e il sistema delle imprese ⁽¹⁶⁾.

In Italia sono oltre 12 mila i laureati che, ogni anno, entrano in un dottorato di ricerca ⁽¹⁷⁾. Il loro obiettivo è accedere, al termine del percorso di dottorato, alla carriera accademica. Questo è anche l'auspicio di massima dei loro tutor e docenti che sono prevalentemente espressione del mondo accademico, che ancora detiene il monopolio assoluto sul rilascio dei titoli di dottorato ⁽¹⁸⁾ e, proprio in funzione esclusiva di tale obiettivo, li formano e li addestrano. Le statistiche dicono tuttavia che solo pochi di loro (circa 2.000) riusciranno realmente, dopo una lunga transizione fatta di volontariato, borse post dottorato, assegni di ricerca e contratti precari, a proseguire la trafila ed entrare nei ruoli universitari. Da qui l'idea di un dottorato di ricerca in collaborazione con le imprese o di taglio industriale con l'obiettivo di non disperdere, al termine del percorso accademico, quel patrimonio di conoscenze e competenze che questi giovani ricercatori hanno comunque accumulato.

Eppure, là dove presenti e concretamente attivati, i dottorati industriali di successo e anche i già richiamati percorsi di dottorato professionalizzante non nascono nella prospettiva di sviluppare nuove "tecniche di tutela del lavoro" ⁽¹⁹⁾ e neppure, semplicemente, nuove "tecniche per l'occupabilità" *ex post* dei lavoratori della ricerca

⁽¹⁵⁾ Il tema della occupabilità dei dottorandi non è peraltro solo italiano e tanto meno solo europeo. Cfr., per il caso americano, S. JASCHIK, *Ph.D.s with and without Jobs*, in *Inside Higher Ed*, 9 dicembre 2013.

⁽¹⁶⁾ Cfr., in questa prospettiva, N. SALIMI, R. BEKKERS, K. FRENKEN, *Governance and Success of University-Industry Collaborations on the Basis of Ph.D. Projects – An Explorative Study*, Eindhoven Centre for Innovation Studies (ECIS) Working Paper, n. 5/2013, che evidenziano come il dottorando possa fungere da prezioso e non di rado imprescindibile canale di comunicazione tra università e imprese.

⁽¹⁷⁾ Cfr. F. VITUCCI, A. ROTISCIANI (a cura di), *Terza indagine ADI su Dottorato e post-Doc*, Associazione dottorandi e dottori di ricerca italiani, 8 febbraio 2013. Per un confronto internazionale e comparato, utile anche a evidenziare la drastica contrazione delle risorse per i dottorati di ricerca in Italia, cfr. F. MAGNI, *Dottorati di ricerca: i numeri dell'Italia nel confronto comparato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Dottorati industriali e apprendistato per la ricerca: prime riflessioni e prime esperienze*, Bollettino speciale ADAPT, cit.

⁽¹⁸⁾ Questo nonostante l'articolo 74, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 e gli articoli 2, 3, 7 del Decreto Ministeriale 26 novembre 1998, consentissero, almeno su un piano formale, di "stabilire eventuali equipollenze con il titolo di dottore di ricerca dei diplomi di perfezionamento scientifico rilasciati (...) da altre scuole italiane di livello post-universitario e che siano assimilabili ai corsi di dottorato di ricerca per strutture, ordinamento, attività di studio e di ricerca e numero limitato di titoli annualmente rilasciati". Vedi ora, sostanzialmente nello stesso senso, l'articolo 2, comma 2, lett. b), del Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013, molto osteggiato dal sistema universitario italiano e, per questo, di fatto destinato a rimanere inattuato nella prassi del Ministero della Istruzione, della Università e della Ricerca al pari di quanto accaduto con l'articolo 74, comma 2, del citato decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in generale, S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, cit.

(²⁰). Il loro sviluppo si deve, piuttosto, al convinto e condiviso interesse di università e sistema economico-produttivo a sperimentare *in itinere* innovativi percorsi di ricerca, innovazione e trasferimento di conoscenze e competenze incentrati su metodi formativi e di apprendimento da realizzarsi prevalentemente in ambito lavorativo e in situazioni di compito (²¹).

A maggior ragione siffatti percorsi di dottorato trovano sviluppo e radicamento in contesti produttivi come quelli della attuale fase dello sviluppo economico dove sempre meno rilevano compiti e mansioni meramente esecutivi, propri del tradizionale regime giuridico di subordinazione tecnico-funzionale, e dove sempre meno trovano applicazione quei meccanici processi imitativi o riproduttivi che hanno caratterizzato i metodi di produzione e organizzazione del lavoro di stampo fordista e taylorista (²²).

Non dunque un mero ripiego rispetto alla carriera accademica e neppure una risposta rassegnata alle attuali ristrettezze di finanziamenti pubblici destinati al mercato autoreferenziale delle Università (²³). Piuttosto un fronte particolarmente avanzato nella innovazione del modo di fare ricerca (²⁴) e di un consolidato raccordo *Università-*

(²⁰) È questa la prospettiva, oggi certamente datata, in cui si muove il contributo di I. SENATORI, *Le Scuole di dottorato e le tecniche per l'occupabilità dei lavoratori della ricerca*, in M. TIRABOSCHI, P. GELMINI (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, qui pp. 507-510, che pure bene evidenzia quelle che sono state le premesse culturali, in quella fase certamente avanzate anche per il contesto normativo di riferimento, con cui è nata in Italia la prima Scuola di dottorato di tipo industriale e professionalizzante promossa da ADAPT nel lontano 2006, in collaborazione con la Fondazione Marco Biagi e l'Università di Modena e Reggio Emilia, in seguito a un innovativo accordo di programma e un relativo protocollo di intesa con il Ministero della Istruzione, della Università e della Ricerca. Per l'evoluzione del progetto promosso da ADAPT, ora in collaborazione con il Centro per la qualità dell'insegnamento dell'Università di Bergamo, cfr. L. CASANO, *Esperienze pionieristiche di dottorato industriale: la Scuola di dottorato in formazione della persona e mercato del lavoro dell'Università di Bergamo promossa da ADAPT e CQIA*, in Bollettino ADAPT, 2 luglio 2013, cit.

(²¹) Cfr. T. THUNE, *Doctoral Students on the University-Industry Interface: a Review of Literature*, in *Higer Education*, 2009, pp. 637-651; L. CRUZ-CASTRO, L. SANZ-MENÉNDEZ, *The employment of PhDs in firms: trajectories, mobility and innovation*, in *Research Evaluation*, vol. 14, n. 1/2005, spec. p. 63 e ss.; N. SALIMI, R. BEKKERS, K. FRENKEN, *Governance and Success of University-Industry Collaborations on the Basis of Ph.D. Projects ecc.*, cit. Cfr. altresì L. HERRERA, M. NIETO, *Recruitment of PhD Researches by Firms*, paper presented at the 35th DRUID Celebration Conference 2013, Barcelona, Spain, June 17-19 2013 (vedilo in www.faredottorato.it).

(²²) Cfr. B. ROSSI, *Lavoro, creatività e formazione*, in G. ALESSANDRINI (a cura di), *La formazione al centro dello sviluppo umano. Crescita, lavoro, innovazione*, collana ADAPT-CSMB, Giuffrè, Milano, 2012, qui p. 145. Cfr. altresì, con riferimento al passaggio dalla organizzazione scientifica del lavoro di stampo fordista-taylorista a una dimensione produttiva maggiormente incentrata sul coinvolgimento della persona, G. BERTAGNA, *Apprendistato e formazione in impresa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 105-125.

(²³) Cfr. J. SUGARS, E. PEARCE, *Competenze trasferibili e occupabilità dei dottori di ricerca: indagine sul panorama attuale*, Docent – Doctors in Enterprise, wp 1/D13, 2010, spec. p. 6 dove auspicano “un cambiamento di quella cultura consolidata e diffusa che vede il dottorato come, una formazione (esclusivamente) finalizzata alla ricerca accademica” e p. 7 dove sollecitano il superamento di una “mentalità obsoleta che ancora vede la transizione verso il settore privato come un fallimento nel non aver conseguito un ruolo nel mondo accademico”.

(²⁴) Utili spunti, in questa prospettiva, si trovano, oltre nell'esperienza di ADAPT (su cui cfr. L. CASANO, *Esperienze pionieristiche di dottorato industriale ecc.*, cit.), in talune esperienze del Politecnico di Milano. Cfr., in particolare, S. PIZZOCARO, *Re-orienting PhD Education in Industrial Design: Issues arising from the Experience of a PhD programme revision, Artistic Research*. Forschung durch Kunst und

Impresa incentrato su incubatori aperti di saperi e conoscenze e su partenariati paritari finalizzati al trasferimento tecnologico e alla costruzione circolare di competenze di elevato contenuto professionale, tanto trasversali che specialistiche, il più delle volte non ancora presenti nel mercato del lavoro e tanto meno tipizzate dalla contrattazione collettiva di lavoro nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale e nelle relative declaratorie ed esemplificazioni professionali e di mestiere.

È esattamente in quest'ultima prospettiva che intendiamo ora collocare il nostro percorso di studio e analisi del dottorato cosiddetto industriale introdotto in Italia dal decreto ministeriale 8 febbraio 2013 al fine di valutarne, sul versante delle istituzioni del mercato del lavoro e degli assetti del sistema di relazioni industriali, la potenziale portata innovativa tanto nel modo di fare università quanto nel modo di fare impresa e anche nel modo di lavorare in un settore sempre più strategico come quello della ricerca⁽²⁵⁾. E ciò fino al punto di confermare, in linea con la più recente evoluzione della riflessione pedagogica e anche manageriale, una tendenziale evoluzione delle aziende da “organizzazioni economiche” finalizzate, anche per espressa definizione legislativa⁽²⁶⁾, alla mera produzione o allo scambio di beni e servizi, a vere e proprie “organizzazioni educative”⁽²⁷⁾ o anche “*learning organization*”⁽²⁸⁾.

In siffatti contesti produttivi, animati da figure professionali ibride, a metà tra la ricerca scientifica e la gestione del cambiamento nei processi produttivi ed organizzativi, anche l'attività lavorativa vera e propria si compie con modalità prossime a quelle di un processo formativo e di ricerca incentrato sulla dialettica tra teoria ed esperienza pratica e, in quanto tale, finalizzato ad “apprendere come fare”. Una combinazione, insomma, di lavoro, apprendimento, ricerca e progettazione che genera un elevato valore aggiunto e che consente la costante innovazione nei processi produttivi e/o nei modi di erogare servizi. La letteratura pedagogica parla in questi casi, più precisamente, di *learnfare* quale evoluzione dei tradizionali sistemi di *welfare* incentrati su sistemi produttivi statici e sul lavoro subordinato⁽²⁹⁾.

Design, Bauhaus Universitat Weimar, 17-18 October 2008; ID., *Learning design research. Critical issues derived from the Politecnico di Milano Ph.D. curricula in industrial design*, in J. GIARD, D. PIJAWKA (eds.), *Proceedings of The 4th conference Doctoral Education in Design*, Arizona State University, Tempe, June 25-28, 2005, pp. 69-88; ID., *Doctoral research as a learning hub - Perspectives from a PhD programme in progress*, in D. DURLING, K. SUGIYAMA, *Proceedings of the Third Conference Doctoral Education in Design*, Tsukuba, Japan, 2003, pp. 113- 123.

⁽²⁵⁾ Cfr. in modo inequivocabile il rapporto OCSE su *Education at glance 2013*, Paris, 2013, spec. p. 295 dove si riconosce che “i dottorati di ricerca giocano un ruolo cruciale nel guidare l'innovazione e la crescita economica (...). Le aziende sono attratte dai Paesi che fanno di questo livello di formazione e ricerca una opportunità facilmente raggiungibile; allo stesso tempo, gli individui che raggiungono questo livello di formazione beneficiano generalmente di salari più alti e di un tasso di occupazione più elevato”.

⁽²⁶⁾ Cfr. l'articolo 2082 del Codice Civile italiano.

⁽²⁷⁾ Ancora B. ROSSI, *Lavoro, creatività e formazione*, cit., qui p. 154.

⁽²⁸⁾ Cfr. M. MINGHETTI, *L'intelligenza collaborativa. Verso la social organization*, Milano, 2013 e ivi, pp. 233-236, la mia postfazione volta a identificare le barriere normative e sindacali alla evoluzione in atto nei modi di organizzare il lavoro e produrre.

⁽²⁹⁾ In questa prospettiva cfr. U. MARGIOTTA, *Dal welfare al learnfare: verso un nuovo contratto sociale*, in G. ALESSANDRINI (a cura di), *La formazione al centro dello sviluppo umano ecc.*, cit., spec. p. 48.

Di questa evoluzione dei modi di fare impresa i dottorati industriali rappresentano un aspetto essenziale e comunque determinante perché finalizzati a presidiare, in forme strutturate ed organizzate, quella mutevole e dinamica area del mercato del lavoro (il c.d. *intermediate labour market*)⁽³⁰⁾, sin qui estremamente frammentata ed episodica, attraverso cui si realizzano il raccordo e la costante integrazione tra sistema produttivo e università.

2. Dottorati industriali: identificazione della fattispecie.

Dei dottorati industriali si fa menzione, per la prima volta in Italia, all'articolo 11, comma 2, del già richiamato decreto ministeriale 8 febbraio 2013, n. 45 recante le modalità di accreditamento delle sedi e dei corsi di dottorato e i criteri per la istituzione dei corsi di dottorato da parte degli enti accreditati. Nessun cenno è invece contenuto nelle fonti primarie e, segnatamente, nell'articolo 4 della legge 3 luglio 1998, n. 210, come modificata dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240, che disciplina i dottorati di ricerca. Eppure il regolamento dell'8 febbraio 2013 dà per scontata la nozione di dottorato industriale, di modo che l'esatta identificazione della fattispecie è operazione poco o nulla agevole.

L'articolo 11 del decreto n. 45 dell'8 febbraio 2013 indica in realtà, già a partire dalla rubrica, ben tre distinte fattispecie ("dottorato in collaborazione con le imprese", "dottorato industriale" e "apprendistato di alta formazione") che, tuttavia, vengono solo nominalmente indicate e certamente anche legittimate sul piano della agibilità giuridica ("le università possono ...") senza tuttavia fornire a operatori e atenei alcuna indicazione, parametro o criterio idonei a inquadrare con precisione e in modo trasparente la fattispecie. Sul piano operativo il regolamento si limita infatti a precisare che per i dottorati in collaborazione con le imprese e i dottorati industriali "i regolamenti dei corsi di dottorato possono tra l'altro prevedere una scadenza diversa per la presentazione delle domande di ammissione e l'inizio dei corsi nonché modalità organizzative delle attività didattiche dei dottorandi tali da consentire lo svolgimento ottimale del dottorato".

Difficile dire se il Legislatore sia stato influenzato dalle suggestioni della esperienza internazionale e comparata o anche dalle frammentarie e certo non numerose sperimentazioni in atto nel nostro Paese. Sta di fatto che all'articolo 11 del decreto ministeriale dell'8 febbraio 2013 si trovano indicate sommariamente tre distinte fattispecie accomunate da una generica quanto auspicata apertura dei percorsi di dottorato verso il mercato del lavoro e il sistema delle imprese. Nessun cenno, per contro, viene fatto ai dottorati professionali che, nell'esperienza internazionale e comparata, rappresentano una ipotesi simile ancorché concettualmente distinta⁽³¹⁾,

⁽³⁰⁾ In questo senso vedi diffusamente C. LANCIANO-MORANDAT, H. NOHARA, *The Labour Market for the Young Scientists*, in E. LORENZ, B-A. LUNDVALL (eds.), *How Europe's Economies Learn Coordinating Competing Models*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp.156-189. Utile, per una valutazione in chiave internazionale e comparata, dei reali percorsi lavorativi e di carriera dei dottori di ricerca si veda L. AURIOL, M. MISU, R.A. FREEMAN, *Careers of Doctorate Holders - Analysis of labour Market and Mobility Indicators*, OECD, Science, Technology and Industry Working Papers, n. 4/2013.

⁽³¹⁾ Per un raffronto tra le due diverse fattispecie cfr. F. KITAGAWA, *Industrial Doctorates – Engagement in Research and Skill Formation*, Centre for Learning and Life Chances in Knowledge Economies and Societies, 2011 cui adde C. COSTLEY, *Evaluation of the Current Status and Knowledge Contributions of*

tendenzialmente rivolta a lavoratori che intendano migliorare la propria qualificazione e le proprie competenze.

Rimanendo nell'ambito di analisi dell'articolo 11 del decreto ministeriale dell'8 febbraio 2013, una prima fattispecie è relativa al “dottorato in collaborazione con le imprese” che si realizza attraverso il convenzionamento dei corsi e delle scuole di dottorato con “imprese che svolgono attività di ricerca e sviluppo”. Stante la laconica formulazione del comma 1 dell'articolo 11 del regolamento – e valutato l'obiettivo di favorire collaborazioni con il tessuto produttivo – pare preferibile una interpretazione atecnica della locuzione “imprese che svolgono attività di ricerca e sviluppo” ricomprendendo in essa qualunque generica attività di ricerca e sviluppo svolta direttamente da una impresa al suo interno ovvero realizzata a favore di terzi anche a prescindere dalla configurazione giuridica dell'ente od organismo che svolge l'attività di ricerca. L'assenza di finanziamenti pubblici o di agevolazioni di natura pubblica dovrebbe del resto scongiurare il ricorso a interpretazioni rigorose e tecniche come quelle contenute nell'articolo 1, commi 280-283, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 in materia di credito di imposta per le imprese che svolgono attività di ricerca e sviluppo e ora, più recentemente, nell'articolo 60 della legge 22 giugno 2012, n. 83 contenente agevolazioni per la ricerca scientifica e tecnologica che, inevitabilmente, fanno espressamente riferimento alle attività definite dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione di cui alla comunicazione della Commissione europea del 2006/C 323/01, recante la disciplina, comunitaria in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione ⁽³²⁾.

Certamente distinta da questa prima fattispecie è poi quella dei “dottorati industriali”, oggetto del nostro studio, stante l'incipit del comma 2 dell'articolo 11 del decreto ministeriale 8 febbraio 2013, là dove si prevede che, accanto ai dottorati in collaborazione con le imprese di cui al comma 1, “le università possono *altresì* attivare corsi di dottorato industriale” (*corsivo nostro*).

La differenza tra le due fattispecie è evidente nella formulazione del regolamento anche se, tuttavia, non è poi precisato in cosa essa consista concretamente. Di certo la differenza non può risiedere nella possibilità, prevista dallo stesso comma 2, di “destinare una quota dei posti disponibili, sulla base di specifiche convenzioni, ai dipendenti di imprese impegnati in attività di elevata qualificazione, che sono ammessi al dottorato a seguito di superamento della relativa selezione”. Trattandosi infatti, per espressa previsione normativa, di una mera “possibilità” non può essere certamente questo un elemento distintivo e qualificante della fattispecie in esame rispetto alla precedente. Così come nessun elemento qualificatorio si rinviene nel successivo comma 3 dell'articolo 11 che si limita infatti a prevedere che le convenzioni finalizzate ad

the Professional Doctorates, in *Quality in Higher Education*, 2013, pp. 7-27 e A. ZUSMAN, *How New Kinds of Professional Doctorates are Changing Higher Education Institutions*, cit.. Per una disamina delle esperienze di Australia, Canada e Stati Uniti vedi invece F. C. KOT, D. D. ENDEL, *Emergence and Growth of Professional Doctorates in the United States, United Kingdom, Canada and Australia: a Comparative Analysis*, in *Studies in Higher Education*, 2012, pp. 345-354.

⁽³²⁾ In Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 30 dicembre 2006 n. C/323.

attivare i percorsi di dottorato in collaborazione con le imprese e di dottorato industriale “stabiliscono, tra l’altro, le modalità di svolgimento delle attività di ricerca presso l’impresa nonché, relativamente ai posti coperti da dipendenti delle imprese, la ripartizione dell’impegno complessivo del dipendente e la durata del corso di dottorato”. Semmai dal comma 3 si trae conferma che anche nelle ipotesi di dottorato in collaborazione con le imprese di cui al comma 1 è prevista la possibilità di avviare al dottorato dipendenti della impresa stessa. Una ulteriore conferma di ciò si trova nella seconda parte del comma 4 dell’articolo 11 del regolamento là dove si precisa che “i posti attivati sulla base delle convenzioni di cui ai commi 1 e 2, sono considerati equivalenti alle borse di dottorato ai fini del computo del numero minimo necessario per l’attivazione del corso”.

Del resto, come precisa il comma 4 del regolamento, “resta in ogni caso ferma la possibilità, prevista dall’articolo 5 del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, di attivare corsi di dottorato in apprendistato con istituzioni esterne e imprese”. I contratti di apprendistato di alta formazione, come anticipato, sono dunque la terza fattispecie contemplata dall’articolo 11 del decreto ministeriale dell’8 febbraio 2013. Fattispecie che, peraltro, ben può combinarsi con le ipotesi di cui ai commi 1 e 2, là dove si prevede l’ammissione al dottorato di dipendenti (evidentemente anche in apprendistato di alta formazione o di ricerca) delle imprese convenzionate.

Di maggiore utilità e pregio, ai fini dell’inquadramento giuridico della fattispecie, è semmai una analisi comparata con quanto previsto nella legislazione di altri Paesi e negli orientamenti della Commissione Europea in materia di dottorati di ricerca posto che l’obiettivo perseguito dal Legislatore è stato, senza dubbio, quello di avvicinare il nostro Paese alle migliori esperienze in atto a livello europeo se non internazionale.

Prima di procedere in questa direzione giova tuttavia svolgere due ulteriori considerazioni di ordine sistematico che, anche alla luce della esperienza internazionale e comparata che analizzeremo nel paragrafo che segue, possono aiutare a meglio chiarire la portata e il significato della fattispecie del dottorato industriale e, più in generale, del dottorato in collaborazione con le imprese.

Una prima considerazione è relativa alla definizione, in generale, del dottorato di ricerca e alla identificazione delle relative finalità. In termini evolutivi rispetto a quanto previsto dall’articolo 4 della legge 3 luglio 1998, n. 210 e, ancor più, dall’articolo 8 della legge 21 febbraio 1980, n. 28, istitutivo dei dottorati di ricerca, il regolamento dell’8 febbraio 2013 è ora inequivocabile nel precisare, al comma 3 dell’articolo 1, che i percorsi di dottorato devono fornire “le competenze necessarie” per esercitare “attività di ricerca di alta qualificazione” non più unicamente presso le università⁽³³⁾, quale “titolo accademico valutabile soltanto nell’ambito della ricerca scientifica”⁽³⁴⁾ bensì, più in generale e con pari dignità, “presso soggetti pubblici e privati”⁽³⁵⁾, nonché

⁽³³⁾ Così espressamente l’articolo 4, comma 1, della legge 3 luglio 1998, n. 210.

⁽³⁴⁾ Così espressamente l’articolo 8, comma 3, della legge 21 febbraio 1980, n. 28.

⁽³⁵⁾ Così l’articolo 1, comma 3, del decreto ministeriale 8 febbraio 2013, n. 45.

“qualificanti anche nell’esercizio delle libere professioni”, contribuendo così a “realizzare lo Spazio Europeo dell’Alta formazione e lo Spazio Europeo della Ricerca”.

Con una opzione nominalistica che non può essere certamente sottovalutata, l’articolo 1, comma 3, del decreto ministeriale 8 febbraio 2013, n. 45 non utilizza più, a differenza dell’articolo 4, comma 1, della legge 3 luglio 1998, n. 210, la parola “università” per designare, in via preferenziale, non solo gli sbocchi occupazionali dei dottori di ricerca, ma anche – e prima ancora – i contenuti stessi dei relativi percorsi e curricula triennali che portano al titolo di dottore di ricerca. Di modo che i nuovi dottorati in collaborazione con le imprese e ancor più i dottorati industriali non potranno identificarsi semplicisticamente sulla base di meri requisiti o parametri formali, come la presenza di una o più convenzioni con il sistema delle imprese, quanto in funzione dei contenuti, dei metodi e dei relativi percorsi formativi e di apprendimento.

Non solo. Il richiamo alla costruzione di uno Spazio Europeo dell’Alta formazione e di uno Spazio Europeo della Ricerca, effettuato a chiusura dell’articolo 1, comma 3, del regolamento, conferma l’importanza di una analisi comparata che, in coerenza con quanto recentemente precisato dalla Commissione Europea attraverso la definizione di “Principi per una innovazione nei percorsi formativi di dottorato di ricerca”⁽³⁶⁾, porti a una identificazione della fattispecie del dottorato industriale in una ottica di valorizzazione degli esiti dei percorsi formativi e del trasferimento di conoscenze e competenze verso il sistema produttivo nel suo complesso⁽³⁷⁾.

Una seconda considerazione, altrettanto utile per comprendere contenuti, metodi e relativi percorsi formativi e di apprendimento dei dottorati industriali emerge poi, sempre sul piano sistematico, dalla valutazione dei requisiti per l’accreditamento dei corsi e delle sedi di dottorato di ricerca.

L’esperienza internazionale e comparata, pur nella varietà delle ipotesi sin qui realizzate e sperimentate, è infatti univoca nell’evidenziare come il successo di simili percorsi innovativi di dottorato di ricerca sia legato all’avvio e alla progressiva strutturazione di partenariati paritetici tra atenei e imprese.

Da questo punto di vista, stante la tradizionale e marcata autoreferenzialità del sistema universitario italiano, qualche dubbio sulla reale praticabilità dei dottorati industriali può nascere dalla lettura del combinato disposto degli articoli 2 e 4 del decreto ministeriale 8 febbraio 2013. Non sorprende, invero, che il Legislatore, pur confermando la possibilità di accreditare autonomamente “qualificate istituzioni italiane di formazione e ricerca avanzate”⁽³⁸⁾, abbia confermato, anche nei casi di

⁽³⁶⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Principles for Innovative Doctoral Training*, Direzione Generale per l’innovazione e la ricerca – Directorate B (European Research Area), Brussels 27 giugno 2011, spec. p. 6 e p. 14.

⁽³⁷⁾ In questa prospettiva, che posiziona i percorsi di dottorato nell’ambito del c.d. “processo di Bologna” e nella prospettiva della costruzione di uno Spazio Europeo della Ricerca, cfr. *Doctoral Programmes in Europe’s University: achievements and challenges*, European University Associations, Brussels, 2007, spec. p. 6 e p. 14.

⁽³⁸⁾ Cfr. l’articolo 2, comma 2, lett. b), del Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013 su cui vedi quanto rilevato supra alla nota 31.

collaborazioni⁽³⁹⁾ o consorzi con enti di ricerca privati⁽⁴⁰⁾ e convenzioni con imprese ai sensi dell'articolo 4, comma 4, della legge 3 luglio 1998, n. 210⁽⁴¹⁾, il sostanziale monopolio degli Atenei nel rilascio del titolo accademico di dottore di ricerca. Pesa tuttavia, nella definizione dei modelli di *governance* dei corsi e delle scuole di dottorato ai fini del loro accreditamento, l'imposizione di un collegio docenti composto in modo maggioritario da professioni universitari⁽⁴²⁾ e questo persino nei casi in cui i soggetti abilitati al rilascio del titolo di dottore di ricerca siano non le università, ma "qualificate istituzioni italiane di formazione e ricerca avanzate"⁽⁴³⁾.

In presenza di un impianto organizzativo e decisionale ancora ispirato da parametri formalistici e burocratici, pare invero difficile avviare significative esperienze di dottorato industriale che, pur anche là dove si intenda affidare alle sole sedi universitarie il rilascio del titolo accademico, possono tuttavia effettivamente svilupparsi unicamente nell'ambito di collaborazioni su base paritaria incentrate⁽⁴⁴⁾. La mera riproposizione degli ordinari modelli accademici di programmazione, sviluppo e gestione dei diversi curricula risulta in effetti non solo formalistica, e dunque poco o nulla gradita al sistema delle imprese, ma anche in aperta contraddizione con l'idea di un dottorato, quale quello di tipo industriale, da svilupparsi in ambiente produttivo, con ampia valorizzazione dei contesti di apprendimento non tradizionali e in funzione della verifica degli output degli esiti dei percorsi formativi dei dottorandi⁽⁴⁵⁾.

3. *Segue: l'utilità di un confronto comparato.*

Stante l'estrema reticenza del dettato normativo, di particolare importanza e utilità è, come detto, l'analisi internazionale e comparata. Non solo. Il richiamo testuale, contenuto all'articolo 1, comma 3, del decreto ministeriale 8 febbraio 2013, al ruolo dei dottorati nella costruzione di uno Spazio Europeo dell'Alta formazione e della Ricerca impone di tenere in debita considerazione, nella identificazione della fattispecie dei dottorati industriali, quanto precisato dalla Commissione Europea nel "Rapporto di

⁽³⁹⁾ Cfr. l'articolo 2, comma , lett. a), Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. l'articolo 2, comma 2, lett. d), Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013.

⁽⁴¹⁾ Cfr. l'articolo 2, comma 2, lett. e), Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013.

⁽⁴²⁾ Cfr. l'articolo 4, comma 1, lett. a), Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013.

⁽⁴³⁾ Ancora l'articolo 4, comma 1, lett. a), Decreto Ministeriale 8 febbraio 2013 che dispone la presenza maggioritaria di professori universitari "a seguito di specifica convenzione stipulata tra l'istituzione e l'università di appartenenza del professore".

⁽⁴⁴⁾ Vedi amplius, in questa prospettiva, la dettagliata analisi condotta da N. SALIMI, R. BEKKERS, K. FRENKEN, *Governance and Success of University-Industry Collaborations on the Basis of Ph.D. Projects ecc.*, cit.

⁽⁴⁵⁾ Si veda, in proposito, OCSE, *Innovative Learning Environments*, Paris, 2013. In dottrina: A. KOLMOSA, L.B. KOFOEDB, X.Y. DUA, *PhD Students'Work Conditions and Study Environment in University and industry-Based PhD Programmes*, in *European Journal of Engineering Education*, vol. 33, nn. 5–6/2008, pp. 539–550 cui adde J. MALFROY, *The impact of university–industry research on doctoral programs, and practices*, in *Studies in Higher Education*, vol. 36, n. . 5/2011, pp. 571–584 e C. MANATHUNGAA, R. PITTB, L. COXC, P. BOREHAMC, G. MELLICKD, P. LANTE, *Evaluating Industry-Based Doctoral Research Programs: Perspectives and Outcomes of Australian Cooperative Research*, Centre graduates, in *Studies in Higher Education*, vol. 37, n. 7/2012, pp. 843–858.

mappatura della formazione dottorale in Europa: verso un approccio comune”⁽⁴⁶⁾ e nella contestuale individuazione dei “Principi per una innovazione nei percorsi formativi di dottorato di ricerca”⁽⁴⁷⁾. Obiettivo dichiarato del rapporto e dei connessi principi è, infatti, quello di fornire alle istituzioni comunitarie come ai singoli Stati membri un quadro di riferimento concettuale e possibili accorgimenti operativi utili non solo a garantire la mobilità dei ricercatori e il trasferimento delle competenze maturate ma, ancor prima, a delineare un approccio comune allo sviluppo dei percorsi di dottorato di ricerca in Europa⁽⁴⁸⁾.

A questo proposito il Rapporto della Commissione è inequivocabile nel precisare, alla luce delle migliori pratiche presenti in Europa in tema di innovazione dei percorsi formativi di dottorato⁽⁴⁹⁾, che la locuzione “dottorato industriale” vada intesa in senso ampio e atecnico “includendo tutti i settori del mercato del lavoro privato e pubblico, dalle imprese profit, alle istituzioni pubbliche, fino a ONG e istituzioni di tipo caritatevole o culturale”⁽⁵⁰⁾. Del pari, per la Commissione Europea, la collaborazione con il sistema produttivo e l’attivazione dei dottorati di tipo industriale non segue uno schema rigido e formalistico potendo di volta in volta includere “periodi di *internship* durante il periodo di ricerca, forme di co-finanziamento, coinvolgimento di personale non accademico nel tutoraggio e nella supervisione dei dottorandi, attività di *fundraising* e sostegno finanziario ai corsi di dottorato, strutturazione di reti di *alumni* a sostegno dei candidati al titolo di dottore di ricerca e altre forme di collaborazione basate sul trasferimento di competenze, tecnologie e personale”⁽⁵¹⁾.

Le indicazioni contenute nei “Principi per una innovazione nei percorsi formativi di dottorato di ricerca” confermano dunque l’interpretazione ampia e inclusiva dell’articolo 11 del decreto ministeriale 8 febbraio 2013 che abbiamo proposto nel paragrafo che precede.

Una ampia conferma di questa impostazione si trova anche nello studio delle principali esperienze di dottorato industriale presenti in Europa. Tra queste si segnala, *in primis*,

⁽⁴⁶⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Mapping Exercise on Doctoral Training in Europe – Toward a common approach*, Direzione Generale per l’innovazione e la ricerca – Directorate B (European Research Area), Brussels 27 giugno 2011.

⁽⁴⁷⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Principles for Innovative Doctoral Training*, cit.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. altresì COMMISSIONE EUROPEA, *From Challenges to Opportunities: Towards a Common Strategic Framework for EU research and innovation, funding*, Brussels, COM(2011)48 def.

⁽⁴⁹⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Mapping Exercise on Doctoral Training in Europe – Toward a common approach*, § 3.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*. Per una approfondita analisi delle diverse modalità di collaborazione tra università e imprese sul versante della formazione dottorale cfr. L. BORREL DAMIAN (a cura di), *University-industry partnership for enhancing knowledge sharing. Doc-careers project*, cit. Di particolare rilievo, con riferimento alle strategie per coltivare una *industry partnership*, è anche il rapporto dell’Association to Advance Collegiate Schools of Business, *The Promise of Business, Doctoral Education, Setting the pace for innovation, sustainability, relevance, and quality*, AACSB International, Tampa, Florida, 2013 (in www.faredottorato.it).

l'esperienza danese dove sono nate le prime forme strutturate, in quanto formalizzate in termini legislativi e contrattuali, di dottorato industriale ⁽⁵²⁾.

Confermato che il dottorato industriale può svilupparsi anche nell'ambito di istituzioni pubbliche e soggetti non profit ⁽⁵³⁾, ciò che maggiormente caratterizza il modello danese è, semmai, la relazione contrattuale di lavoro dipendente che, parallelamente alla iscrizione al percorso accademico, lega il dottorando con il soggetto esterno coinvolto nel percorso formativo e di ricerca ⁽⁵⁴⁾. Quantunque l'impegno del dottorando sia finalizzato esclusivamente allo sviluppo del progetto di ricerca assegnatogli, lo schema tipico prevede, grazie anche alla presenza di generosi sussidi pubblici e a garanzia della reale integrazione e del raccordo tra sistema produttivo e università, una suddivisione al 50 per cento tra tempo di lavoro in azienda e tempo di lavoro in università ⁽⁵⁵⁾.

Pare questo il principale fattore di successo del modello danese – e del modello nordico in generale ⁽⁵⁶⁾ – di dottorato industriale, così come del modello francese che allo stesso modo prevede, grazie anche a generosi sussidi pubblici, l'assunzione del dottorando da parte della impresa partner che concorre altresì a definire il progetto di ricerca ⁽⁵⁷⁾. Esperienze per certi versi analoghe presenti in altri Paesi risultano per contro di minore impatto ed efficacia in presenza di una qualificazione giuridica del dottorando in termini di semplice studente. In questi casi, che sono ancora la maggioranza ⁽⁵⁸⁾, la collaborazione tra università e sistema delle imprese agevola semmai la transizione occupazionale del dottore di ricerca nel mercato del lavoro al termine del percorso

⁽⁵²⁾ Il dottorato industriale è stato infatti avviato per la prima volta in Danimarca nel 1971 nell'ambito del c.d. *Industrial Researcher Programme*. Cfr. *Analysis of the Industrial PhD Programme*, The Danish Agency for Science, Technology and Innovation, 2011.

⁽⁵³⁾ The Danish Agency for Science, Technology and Innovation, *Guidelines for the Industrial PHD Programme*, Copenhagen, 2013, qui § 5.

⁽⁵⁴⁾ Con trattamenti retributivi imperniati sul principio di *seniority* e, in ogni caso, di gran lunga superiori a quelli italiani. Un dottorando danese impegnato in un percorso industriale percepisce 354.000 DKK il primo anno (pari a 47.450 euro) e 428.000 DKK (pari a 57.370 euro) dopo 4 di *seniority*. In Italia una borsa di dottorato ammonta, per la durata dell'intero percorso, a 13.638 lordi annui per il dottorando.

⁽⁵⁵⁾ Per una valutazione del modello danese di dottorato industriale cfr. A. KOLMOS, L.B. KOFOED, X.Y. DU, *PhD students's work conditions and study environment in university and industry based PhD programmes*, in *European Journal of Engineering Education*, 2008, pp. 539-550.

⁽⁵⁶⁾ Sul modello svedese cfr. L. WALLGREN AND L. O. DAHLGREN, *Industrial doctoral students as brokers between industry and academia: Factors affecting their trajectories, learning at the boundaries and identity development*, in *Industry & higher education*, (21), 3, 2007, pp. 195-210. Sul modello norvegese vedi invece T. THUNE, S. KYVIK, S. SÖRLIN, T. BRUEN OLSEN, A. VABØ AND C. TØMTE, *PhD education in a knowledge society: An evaluation of PhD education in Norway*, Nordic Institute for Studies in Innovation, Research and Education, 2012 (disponibile sul sito www.faredottorato.it).

⁽⁵⁷⁾ Sul caso francese cfr. *Les CIFRE, outil simple de coopération, à l'avant-garde de la qualité du doctorat et de l'employabilité des docteurs*, in *Rapport d'activité 2012*, ANRT- Association Nationale de la Recherche et de la Technologie (disponibile sul sito www.faredottorato.it).

⁽⁵⁸⁾ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Mapping Exercise on Doctoral Training in Europe – Toward a common approach*, cit., p. 5.

formativo e di ricerca ⁽⁵⁹⁾, ma non evolve nella dimensione piena del dottorato industriale.

In una dimensione intermedia di cooperazione tra università e impresa si collocano i casi di Regno Unito ⁽⁶⁰⁾, Irlanda ⁽⁶¹⁾ e Germania ⁽⁶²⁾ dove la presenza del dottorando in azienda è il più delle volte assimilabile a una *internship* o stage di durata variabile tra i tre e i diciotto mesi, ma non a un vero e proprio contratto di lavoro finalizzato a realizzare un progetto condiviso di formazione e ricerca.

Quale tipica espressione della più recente evoluzione tanto dei percorsi di alta formazione quanto dei modelli di produzione e di organizzazione del lavoro i dottorati industriali si collocano dunque, a pieno titolo, in quella sempre più vasta area intermedia del mercato del lavoro ⁽⁶³⁾ finalizzata a realizzare, in una prospettiva di *learnfare* e sui versanti della innovazione e della ricerca (*supra* § 1), il raccordo e l'integrazione tra il sistema delle imprese e il sistema di alta formazione universitaria e non solo.

Non sorprende pertanto che detto raccordo – e, tramite di esso, lo sviluppo degli stessi dottorati industriali – sia agevolato in quegli ordinamenti attrezzati, per un verso, alla progettazione dei percorsi di selezione, reclutamento e formazione dei candidati alla ricerca in una ottica di *placement* e culturalmente aperti, per l'altro verso, alla idea di una formazione in ambito produttivo e per situazioni di compito.

4. I vincoli di natura giuridica, istituzionale e procedimentale: la persistente assenza di una dimensione di *placement* nella costruzione dei percorsi di (alta) formazione e ricerca e il muro del sistema di relazioni industriali verso la formazione in ambiente di lavoro.

Con specifico riferimento ai percorsi di selezione, reclutamento e formazione dei candidati alla ricerca, più che insormontabili difficoltà di ordine economico e finanziario ⁽⁶⁴⁾, rilevano negativamente, rispetto allo sviluppo e al radicamento dei dottorati di tipo industriale, oggettivi vincoli di natura giuridica che non sono poi altro che quelli tipici della procedura pubblica di ammissione ai dottorati di ricerca. Regola

⁽⁵⁹⁾ Cfr., con specifico riferimento al caso spagnolo, J. GARCIA-QUEVEDO, F. MAS-VERDÙ, J. POLO-OTERO, *Which Firms Want PhDs? An Analysis of the Determinants of the Demand*, in *European Journal of Engineering Education*, 2012, pp. 607-620.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *supra*, p.14, nota 48.

⁽⁶¹⁾ Cfr. il rapporto pubblicato dall'Higher Education and Training Awards Council nell'ottobre 2010, *Research Degree Programme Policy and Criteria* (reperibile all'indirizzo internet www.faredottorato.it).

⁽⁶²⁾ Cfr. M. ORI, *Il dottorato industriale in Germania*, in Bollettino speciale ADAPT del 5 luglio 2013, cui *adde*, per una analisi delle transizioni occupazionali dei dottori di ricerca tedeschi, J. ENDERS, *Serving Many Masters: the PhD on the Labour Market, the Everlasting Need of Inequality, and the Premature Death of Humboldt*, in *Higer Education*, 2002, pp. 493-517.

⁽⁶³⁾ La c.d. intermediate labour market di cui parlano C. LANCIANO-MORANDAT, H. NOHARA, *The Labour Market for the Young Scientists*, cit., pp.156-189.

⁽⁶⁴⁾ Come invece sostenuto dalla Commissione ministeriale sui dottorati industriali istituita con Decreto Ministeriale n. 596 del 3 luglio 2013. La *Relazione conclusiva* della Commissione è pubblicata sul sito faredottorato.it.

questa presente nell'ordinamento giuridico italiano, ma non in molti altri Paesi che, nella costruzione di questo peculiare segmento dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro di alta specializzazione, si muovono secondo logiche maggiormente aderenti alla contrattazione vigente nel settore privato ⁽⁶⁵⁾.

Il nodo dell'accesso ai percorsi di dottorato si intreccia con il delicato – e dibattuto – tema del valore legale dei titoli di studio che fuoriesce dai limiti di questa riflessione ⁽⁶⁶⁾. Più utile, nell'ambito di una analisi di diritto del mercato del lavoro, è semmai concentrarsi sui limiti di tipo istituzionale riconducibili alle storiche resistenze del sistema di relazioni industriali – e, per esso, anche della legislazione vigente – rispetto a percorsi di formazione in ambiente di lavoro come avviene nel caso dei dottorati industriali.

Rileva, in primo luogo il mancato decollo a livello professionale e in termini proattivi del c.d. *placement* universitario anche per i percorsi di dottorato e della alta formazione in generale. Un *placement* inteso in senso dinamico e progettuale: non cioè come mero collocamento *ex post* alla stregua di quanto avviene per gli operatori privati del mercato del lavoro, quanto piuttosto come percorso di progettazione *ex ante* dei percorsi formativi in ragione dei reali fabbisogni professionali espressi dal tessuto produttivo sui temi della innovazione, dello sviluppo e della ricerca e con metodologie di apprendimento a ciò funzionali ⁽⁶⁷⁾.

Del pari rileva, in secondo luogo, un radicato pregiudizio – non solo dei docenti universitari, ma anche del sistema di relazioni industriali e del sindacato in particolare – verso la formazione in impresa o anche verso l'impresa *tout court* ancora intesa, a

⁽⁶⁵⁾ In Danimarca, ad esempio, a fronte di ingenti finanziamenti pubblici per i programmi di *Industrial PhD*, i criteri di distribuzione delle risorse implicano una forte responsabilizzazione delle imprese, tanto sul piano della sostenibilità finanziaria dei progetti e della capacità formativa, quanto su quello della selezione in ingresso dei dottorandi: i progetti di ricerca sono finanziati solo in presenza di candidati idonei, ciò vuol dire che al momento della presentazione del progetto per il finanziamento l'impresa deve già aver reclutato un candidato idoneo al percorso; a fronte di questa "prova" di capacità di selezione, sarà concessa la possibilità di finanziare ulteriori percorsi (fino a 5) (The Danish Agency for Science, Technology and Innovation, *Guidelines for the Industrial PHD Programme*, cit.). Sul piano della *governance* e dei rapporti tra i soggetti coinvolti, dunque, il fulcro di queste esperienze è la diade Università-impresa: l'una non può operare senza l'altra e la cooperazione è su un piano di evidente parità, nel senso che se il ruolo dell'Università è cruciale ai fini del rilascio del titolo, l'impresa ha la titolarità della funzione di *recruiting*, in un contesto in cui i percorsi non possono essere avviati in assenza di candidati idonei. Anche in Francia, nell'ambito delle *Conventions industrielles de formation par la recherche* (CIFRE, accordi università-impresa per la formazione nell'ambito della ricerca), l'impresa seleziona il giovane candidato, lo assume e gli assegna un progetto di ricerca utile alla strategia di R&S aziendale, che costituirà al tempo stesso l'oggetto della tesi di dottorato. I risultati di ricerche qualitative testimoniano come spesso gli accordi prendano forma all'interno di schemi già consolidati di cooperazione tra imprese e laboratori di ricerca, che attraverso l'inserimento dei dottorandi in CIFRE proseguono e si rafforzano. In molti casi il *matching* tra dottorando e impresa segue ad aperture di posizioni da parte di quest'ultime e può essere facilitato da precedenti esperienze di *stage* all'interno della stessa impresa (R. LEVY, *Les doctorants CIFRE: médiateurs entre laboratoires de recherche universitaires et entreprise*, in *Revue d'économie industrielle*, Vol. 111, 3e trimestre 2005, pp. 79-96). Infine in Germania, nell'ambito dei cosiddetti "dottorati individuali", spetta al giovane laureato cercare e presentare la propria candidatura presso un'impresa che abbia interesse a promuovere e finanziare un contratto di lavoro per una persona che svolga un dottorato: se la selezione va a buon fine, spetta ancora al giovane cercare un supervisore presso una Università, spesso ricorrendo a contatti costruiti durante gli studi universitari (cfr. M. ORI, *Il dottorato industriale in Germania*, op.cit.).

stretto rigore di Codice Civile ⁽⁶⁸⁾, come un mero luogo della produzione e dello scambio di beni e servizi ⁽⁶⁹⁾ se non, in termini ideologici e culturali, come la sede dell'inesorabile sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Ciò vale per l'alternanza e i percorsi di apprendistato di primo livello come bene dimostra un percorso evolutivo della legislazione in materia di accesso al lavoro volto a scoraggiare la presenza di minorenni in azienda. Ciò vale anche, e a maggior ragione, per il segmento della alta formazione che viene gelosamente inteso in termini di vero e proprio monopolio del sapere in capo alle università provocando, con ciò, un inevitabile rigetto da parte del sistema produttivo e delle imprese che certamente non intendono in questo modo l'opportunità di collaborare a un percorso di un dottorato industriale.

Emblematica di questa visione della impresa e della formazione è la recente riforma Fornero del 2012 che non si è occupata unicamente di flessibilità "in entrata" e "in uscita" ⁽⁷⁰⁾. La legge n. 92/2012 dedica infatti, nell'ottica europea della *flexicurity*, una corposa sezione alle c.d. "tutele sul mercato" del lavoro tra cui vanno annoverati non solo i servizi all'impiego e gli ammortizzatori sociali, ma, per quanto ancora colpevolmente trascurati ⁽⁷¹⁾, anche la formazione professionale e l'apprendimento permanente. Segno quantomeno della consapevolezza, già emersa a livello istituzionale con le linee-guida sulla formazione concordate il 17 febbraio 2010 tra Governo, Regioni e parti sociali che un moderno sistema di tutela e promozione del lavoro non possa che essere incentrato sulla formazione e sulle competenze delle persone (occupati,

⁽⁶⁶⁾ Per aggiornamenti generali si veda Servizio studi del Senato della Repubblica, *Il valore legale del titolo di studio. Contesto europeo ed elementi di legislazione comparata*, marzo 2011. Cfr. altresì S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di storia delle università italiane*, 2002, vol. 6.

⁽⁶⁷⁾ Tale concetto ampio di *placement* consiste in un processo di transizione dalla scuola e dall'università al lavoro basato sulla istruzione e formazione, passando attraverso la progettazione di percorsi formativi che rispondano alle esigenze del mondo produttivo e che incrementino l'occupabilità dei giovani. Infatti, soltanto giovani che abbiano acquisito durante il loro percorso formativo conoscenze e competenze coerenti con i fabbisogni formativi e professionali espressi dalle imprese saranno più facilmente inseriti nel mercato del lavoro. In questa prospettiva, rilevano in modo particolare competenze ed esperienze acquisite attraverso lo svolgimento di parte dei percorsi formativi in azienda attraverso l'apprendistato o periodi di *internship*, in quanto garantiscono un ulteriore accrescimento della occupabilità dei giovani. Cfr., anche, S. SPATTINI, *Riforma dell'apprendistato e nuovo placement*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *il Testo Unico dell'Apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. la definizione di impresa di cui all'art. 2083 del Codice Civile. Si veda tuttavia ora l'articolo 8-bis, co 1, lett. a) del Decreto Legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge di conversione 8 novembre 2013, n. 128 recante Misure urgenti in materia di istruzione, università e ricerca, che assegna espressamente al lavoro un ineludibile "valore educativo e formativo".

⁽⁶⁹⁾ Il tema è ampiamente sviscerato da G. BERTAGNA, *Apprendistati e formazione in impresa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pp. 105-125.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. i contributi raccolti in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge n. 92/2012*, Giuffrè, e in M. Tiraboschi, *Italian Labour Law after the so-called Monti-Fornero Reform (Law No. 92/2012)*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Volume 1, No. 3-4 October-December 2012.

⁽⁷¹⁾ La dottrina si è occupata solo marginalmente di questo profilo della legge Fornero. Cfr. G. BERTAGNA, L. CASANO, M. TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 392-403, cui *adde* i contributi raccolti in U. BURATTI, L. CASANO, L. PETRUZZO (a cura di), *Certificazione delle competenze. Prime riflessioni sul decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, ADAPT University Press, 2013.

inoccupati o disoccupati) più che su un semplice impianto formalistico fatto di precetti inderogabili, divieti e relative sanzioni, sussidi e incentivi pubblici.

Di particolare importanza, al riguardo, è il decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13⁽⁷²⁾, adottato ai sensi dell'articolo 4, commi 58 e 68, della legge n. 92/2012, che è ora destinato a incidere profondamente sulle dinamiche dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro, sull'inquadramento del personale e, più in generale, sul funzionamento dei mercati del lavoro interni ed esterni all'impresa anche con specifico riferimento alle mansioni e alle attività di ricerca.

Basti pensare, per comprendere lo spazio residuale lasciato alla formazione in impresa che per il decreto legislativo la "formazione formale", e cioè la formazione strutturata e intenzionale, è unicamente la formazione pubblica ovvero la formazione correlata al riconoscimento di un titolo formale del sistema educativo di istruzione e formazione (compreso l'apprendistato di primo e terzo livello, ma non di secondo livello), là dove, per esempio, la riforma Biagi prevedeva, all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003, percorsi di vera e propria "formazione formale" anche nel caso dell'apprendistato professionalizzante e, in generale, nell'ambito della formazione professionale progettata ed erogata da enti bilaterali e dai fondi interprofessionali per la formazione continua.

Di modo che, nei fatti, la validazione e certificazione delle competenze si traduce in un procedimento burocratico-amministrativo completamente avulso dalle dinamiche reali del mercato lavoro. Un procedimento che attribuisce al c.d. "ente titolato" (un soggetto pubblico ovvero un soggetto autorizzato o accreditato dallo stesso ente pubblico titolare) il compito di ricondurre le esperienze formative informali e non formali acquisite in ambito lavorativo (e non solo) agli standard del sistema formativo formale pubblico, quello cioè collegato alle istituzioni abilitate al rilascio di un titolo di studio (scuole e università in primis) o comunque ai repertori pubblici della istruzione e formazione e ai sistemi pubblici delle qualificazioni professionali.

Lo stesso mancato richiamo all'articolo 6 del decreto legislativo n. 167/2011 sugli standard professionali, formativi e di certificazione delle competenze⁽⁷³⁾, in un processo riformatore che pure mira al definitivo rilancio dell'apprendistato come "contratto prevalente" di accesso dei giovani al mercato del lavoro, indica come il legislatore della riforma Fornero abbia proceduto per compartimenti stagni e con una visione tendenzialmente pubblicistica, lontana dalla sempre più ineludibile istanza di integrazione tra sistema educativo di istruzione e formazione e mercato del lavoro che sta alla base della idea di dottorato industriale e non solo.

⁽⁷²⁾ Cfr. *Certificazione delle competenze. Prime riflessioni sul decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, U. BURATTI, L. CASANO, L. PETRUZZO (a cura di) ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 6., 2013 cit. Nel laborioso processo di redazione e approvazione del decreto pesanti condizionamenti sono rinvenibili nei formali diktat della Commissione Europea che ha imposto al Governo italiano e alle Regioni uno stringente ed invasivo cronoprogramma vincolato da risultati predeterminati negli esiti, soprattutto a livello definitivo anche in seguito alla recente Raccomandazione del Consiglio n. 2012/C 398/01 del 20 dicembre 2012 sulla convalida dell'apprendimento non formale e informale.

⁽⁷³⁾ Cfr. i contributi sub articolo 6 d.lgs 167/2011 pubblicati in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit.

Che non si tratti di una svista, ma di una scelta voluta e consapevolmente adottata dal Legislatore della riforma del mercato del lavoro, lo dimostra inequivocabilmente l'iter di approvazione della legge n. 92/2012. Nel testo originario del disegno di legge, presentato dal Governo alle Camere in data 5 aprile 2012, la platea dei soggetti chiamati a concorrere alla formazione della offerta di apprendimento formale era infatti più diversificata comprendendo anche gli enti di formazione accreditati dalle Regioni, le parti sociali e, molto opportunamente, i fondi interprofessionali che sono l'architrave di un moderno sistema di formazione continua lungo l'intero arco della vita.

Pare in ogni caso depotenziata – e fortemente compromessa – la portata rivoluzionaria del «Testo Unico» dell'apprendistato e delle stese linee-guida sulla formazione del 2010, là dove i percorsi formativi, in situazioni di compito e preferibilmente in ambiente di lavoro, venivano agganciati ai profili professionali e alle declaratorie del sistema di classificazione e inquadramento del personale che rappresentano il cuore dei modelli organizzativi di ogni impresa appartenente a un certo settore produttivo in funzione delle competenze e dei profili professionali che la caratterizzano.

Nel riconoscere che la “formazione formale” è solo quella pubblica il decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13 relega dunque le competenze acquisite in ambito lavorativo in un secondo piano come se si trattasse di una formazione di serie inferiore rispetto a quella principale acquisita nell'ambito del sistema educativo di istruzione e formazione professionale con ciò alimentando una netta separazione tra università e mercato del lavoro.

Si tratta di passo indietro evidente rispetto alle linee guida del 2010 che si esprimevano in termini di esiti e qualità dei percorsi formativi, a prescindere dalla natura giuridica dei soggetti erogatori e dalle sedi dell'apprendimento, e non in termini di titoli e certificati pubblici. Con il che gli operatori del mercato del lavoro, e le imprese in particolare, si troveranno ora a valutare le competenze delle persone – compresi i ricercatori e i dottori di ricerca – non in funzione delle declaratorie e dei sistemi di classificazione del personale e dei reali fabbisogni professionali espressi dal mercato del lavoro e dai territori, quanto in relazione a standard pubblici che, ancorché definiti in modo autoreferenziale dalle burocrazie a livello nazionale e regionale, incideranno sulle dinamiche dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro e sulla gestione quotidiana del rapporto di lavoro. Tutto ciò avverrà in base a complessi repertori pubblici delle professioni e dei mestieri costruiti a tavolino secondo una impresa di irrigidimento e ossificazione del dinamismo del mercato del lavoro che molto ricorda l'edificazione della famosa Torre di Babele.

Gli attestati o i certificati rilasciati a conclusione del processo di certificazione, del resto, “costituiscono atti pubblici”, e saranno quindi enti pubblici (Ministero del Lavoro, MIUR, Regioni, Province Autonome) che guideranno il sistema. Così come saranno sempre gli stessi enti pubblici ad accreditare (e condizionare) eventuali soggetti privati abilitati a erogare in tutto o in parte, sulla base degli standard e dei repertori pubblici di mestieri e professioni, servizi di individuazione e validazione e certificazione delle competenze.

In una fase in cui si discute in Italia delle criticità e dei molti aspetti negativi del valore legale del titolo di studio si delinea dunque un nuovo sistema pubblicistico di certificazione delle competenze e dei saperi, che rischia, proprio perché non calibrato (come l'art. 6, comma 2, del decreto legislativo n. 167 del 2011) sui profili professionali

e sui sistemi di classificazione e inquadramento professionale dei contratti collettivi, di essere lontano dalla realtà del mercato del lavoro e possibile fonte di contenzioso tra lavoratore e impresa.

Tutti gli standard delle qualificazioni e competenze certificabili saranno infatti raccolti in repertori codificati a livello nazionale o regionale e riuniti in un repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali.

Evidente è, al riguardo, il rischio del proliferare di inutili declaratorie professionali, definite a tavolino dall'attore pubblico che, oltre ad essere lontane dalla realtà, diventano presto obsolete, per non parlare dei costi enormi di una simile operazione con l'attivazione di tavoli e repertori pubblici delle professioni che, negli ultimi venti anni, non hanno portato a nessun risultato concreto e utile.

5. I vincoli lavoristici e di natura contrattuale. L'importanza dell'apprendistato per la ricerca nella strutturazione del mercato del lavoro intermedio tra sistema produttivo e università.

Il riconoscimento della formazione in ambiente di lavoro e le logiche di selezione e formazione in una ottica di *placement* rappresentano solo una parte del problema. Altrettanto decisiva, per lo sviluppo dei percorsi di dottorato industriale, è poi la presenza di un moderno sistema di relazioni industriali che sappia riconoscere e contrattualizzare, anche in termini di misurazione/compensazione del relativo valore e della differente produttività, le ibride figure professionali che popolano questa frontiera del mercato del lavoro particolarmente fluida e dinamica.

Nel panorama internazionale sono invero ancora pochi i Paesi in cui il dottorando riveste la qualifica formale di dipendente⁽⁷⁴⁾, quale vero e proprio lavoratore del settore della ricerca (pubblica o privata poco importa). Minoritari sono, tuttavia, anche i Paesi dove il dottorando riveste unicamente il mero *status* giuridico di studente. In tutti gli altri Paesi prevale, infatti, la regola della combinazione tra studio e lavoro con una graduazione e pluralità di qualificazioni giuridiche e contrattuali che consentono una migliore gestione non solo degli aspetti economici e normativi, ma anche di quelli formativi e di ricerca.

Status giuridico dei dottorandi (tabella di sintesi)

<i>Status</i>	<i>Numero di Paesi</i>	<i>Paesi</i>
Qualifica di mero studente	10	Repubblica Ceca, Estonia, Georgia, Islanda, Irlanda,

⁽⁷⁴⁾ Cfr. EUA, *Doctoral Programmes in Europe's Universities: Achievements and Challenges*, Bruxelles, 2007, in www.faredottorato.it.

			Lettonia, Russia, Scozia, UK
Qualifica lavoratore dipendente	di	3	Bosnia-Erzegovina, Danimarca, Paesi Bassi ⁽⁷⁵⁾
Studente lavoratore	e/o	22	Albania, Andorra, Armenia, Austria, Belgio - Fiandre, Belgio - Vallonia, Croazia, Cipro, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Norvegia, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia.

Fonte: *European University Association, 2007*

Di regola, lo *status* misto o variabile del dottorando (studente e/o lavoratore) deriva dalla fonte di finanziamento del percorso di formazione e ricerca e della presenza di più o meno stabili e strutturati rapporti con il sistema produttivo e le imprese. Nel concreto, infatti, sono le risorse economiche a disposizione dei percorsi di dottorato a determinare le singole attività che il dottorando è chiamato a svolgere, modificandone la percentuale di ricerca pura o di ricerca applicata nei contesti produttivi variando quindi, a seconda dei casi, la modalità di formazione e apprendimento.

Come bene evidenziato da chi da anni ricopre responsabilità progettuali e organizzative nella gestione di uno dei pochi dottorati industriali operativi da anni in Italia ⁽⁷⁶⁾, proprio “questa condizione di stretto legame tra forme di finanziamento e attività richieste al dottorando diventa lo specchio del dialogo tra il sistema di alta formazione accademica e il mondo del lavoro, poiché il tenore del coinvolgimento del dottorando (dallo *status* misto) nei processi produttivi delle aziende rappresenta il cardine di questo *matching*, nonché la bussola che indirizza la programmazione dei percorsi formativi e di approfondimento” ⁽⁷⁷⁾. Un dialogo che, per procedere e portare risultati, deve

⁽⁷⁵⁾ Nei Paesi Bassi esistono invero due categorie di dottorandi: quelli che hanno un contratto di lavoro con l'Università (*employee PhD candidates*, o *promovendi*) e quelli che ricevono una borsa di studio (*bursary PhD candidates*). I primi sono retribuiti per le loro attività accademiche, i secondi ricevono un finanziamento per le loro attività di ricerca, non soggetto ad alcuna forma di contribuzione obbligatoria. La coesistenza di questi due status differenziati è in discussione dal 2009, quando il tribunale di Groningen si pronunciò a favore della richiesta, presentata da 13 dottorandi dell'Università di Groningen appoggiati dal sindacato Abvakabo FNV, di aver riconosciuto lo status di *employee PhD candidates* poiché le loro attività non differivano sostanzialmente da quelle dei colleghi con tale inquadramento. Il 23 aprile 2013 la Corte di Appello di Leeuwarden ha ribaltato la sentenza, pronunciandosi contro il riconoscimento dello status di lavoratori. La sentenza ha sollevato un acceso dibattito ed è stata accolta con sfavore dall'*European Council of Doctoral candidates and Junior Researchers* (EURODOC Statement – *Best practice of employee status for PhDs in the Netherlands threatened*, <http://www.eurodoc.net>, 15 maggio 2013).

⁽⁷⁶⁾ Mi riferisco alla Scuola di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro promossa da ADAPT e Università degli Studi di Bergamo, su cui cfr. il contributo di Lilli Casano citato in nota 27.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. M. T. CORTESE, *Apprendistato e dottorati di ricerca*, in (a cura di) M. TIRABOSCHI, *Il Testa Unico dell'Apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit.

ovviamente poter disporre non solo di incentivi (fiscali e normativi), ma anche di adeguate tipologie contrattuali di lavoro che ratifichino, sul piano formale e per il tramite di precisi piani formativi individuali, il partenariato sottostante a ogni percorso di dottorato industriale.

Anche l'ordinamento giuridico italiano riconosce da tempo, almeno sulla carta, la possibilità di inquadrare i dottorandi quali veri e propri lavoratori della ricerca impegnati nella realizzazione di piani formativi e di apprendimento formali. Rilevano, al riguardo, l'articolo 50 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che prevedeva la possibilità di percorsi di dottorato in apprendistato di c.d. alta formazione⁽⁷⁸⁾ e ora, a seguito della sua abrogazione, l'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167 meglio noto come "Testo Unico" dell'apprendistato, che affianca ai dottorati in apprendistato l'innovativa figura dell'apprendistato di ricerca.

Invero, l'articolo 50 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 si può certo annoverare tra le norme di minor successo della "riforma Biagi". Sistemáticamente trascurato dalla contrattazione collettiva⁽⁷⁹⁾, l'apprendistato di alta formazione non è mai entrato pienamente a regime: le poche sperimentazioni a livello regionale sono state avviate a ridosso della approvazione del decreto legislativo n. 276/2003⁽⁸⁰⁾, grazie a un cospicuo sostegno economico del Ministero del lavoro, a valere sui finanziamenti del Fondo sociale europeo, nell'ambito della azione di sistema PON Ob 3.

Eppure, a differenza di altri istituti della Legge Biagi, l'insuccesso di questa peculiare forma di apprendistato non si può ricondurre a una particolare complessità del dato di riferimento normativo e tanto meno, come pure avvenuto per altre importanti innovazioni della legge Biagi (*staff leasing* e lavoro a chiamata *in primis*), a una pregiudiziale politica di matrice ideologico-sindacale.

Sotto il primo profilo, l'articolo 50 del decreto legislativo n. 276/2003 demandava infatti l'intera regolamentazione dell'istituto a intese *ad hoc*, in quanto tali particolarmente flessibili, tra la singola regione (o provincia autonoma), le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali del territorio, nonché le istituzioni formative coinvolte per il rilascio del titolo di studio. La regolamentazione dell'apprendistato di alta formazione era peraltro stata drasticamente semplificata dall'articolo 23 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112⁽⁸¹⁾, là dove – registrata la sostanziale inerzia delle regioni e delle parti sociali – si prevedeva che «in assenza di regolamentazioni regionali l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione [fosse] rimessa ad apposite convenzioni stipulate dai datori di lavoro con le università e le altre istituzioni formative».

⁽⁷⁸⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato di alta formazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 105-106.

⁽⁷⁹⁾ Per una rassegna delle scarse previsioni contenute nella contrattazione collettiva nazionale di categoria – il più delle volte insufficienti a rendere operativo l'istituto soprattutto con riferimento al dato, di particolare criticità, del trattamento retributivo dell'apprendista in percorsi di alta formazione – e dei pochi accordi collettivi di livello territoriale (in larga parte scaduti o, comunque, unicamente funzionali alle sperimentazioni in atto) si rinvia alla banca dati della contrattazione collettiva in www.fareapprendistato.it.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. i periodici rapporti di monitoraggio dell'ISFOL sull'apprendistato, reperibili in www.adapt.it, indice A-Z, voce Apprendistato.

⁽⁸¹⁾ Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008.

Quanto poi al secondo aspetto, che richiama il turbolento clima di relazioni industriali che ha caratterizzato l'approvazione della legge Biagi nel suo complesso, si può rilevare come i contratti a contenuto formativo, e l'apprendistato in particolare, non fossero indicati tra le principali criticità sollevate da una parte del mondo sindacale.

Una attenta valutazione delle esigue sperimentazioni sin qui avviate e, più in generale, della scarsa disciplina regionale e contrattuale di riferimento ⁽⁸²⁾ induce, piuttosto, a ritenere che ciò che forse ha maggiormente inciso sul mancato decollo di questa peculiare tipologia di apprendistato è stata la sostanziale impreparazione culturale delle istituzioni regionali, degli attori sociali e delle stesse Università a progettare e rendere operativa una forma particolarmente innovativa di formazione in alternanza che si proponeva di superare proprio quella rigida separazione tra percorsi di alta formazione e mercato del lavoro da cui ha preso le mosse la nostra ricerca. Non a caso, le poche iniziative avviate e portate a conclusione si sono per lo più limitate alla progettazione di semplici master universitari senza avventurarsi nella costruzione dei ben più impegnativi percorsi di apprendistato di ricerca e di dottorati.

Lungi dall'essere un "semplice" contratto di lavoro, ancorché a contenuto formativo, l'apprendistato di alto livello si pone in effetti, almeno nelle intenzioni del Legislatore, come un innovativo strumento di raccordo e integrazione tra Università e imprese in modo tale da coprire, tra le altre cose ⁽⁸³⁾, quella crescente area grigia del mercato del lavoro della ricerca ancora oggi priva di adeguate discipline e regolazioni contrattuali.

Ancor più deciso, in questa prospettiva, è ora l'articolo 5 del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, che infatti prevede uno sdoppiamento dell'apprendistato di terzo livello a cui si può ora ricorrere non soltanto per percorsi di alta formazione universitaria e post universitaria, ma anche per attivare veri e propri contratti di ricerca scollegati da un percorso formativo finalizzato al rilascio di un titolo di studio (come invece previsto nell'ambito dell'articolo 50 del decreto legislativo n. 276/2003) ⁽⁸⁴⁾, finalizzati al reclutamento e alla formazione di giovani ricercatori da inserire in impresa e in altri contesti lavorativi non solo del settore privato, ma anche che di quello pubblico. La conferma di questa impostazione si trova chiaramente nell'articolo 6 del decreto legislativo n. 167/2011, là dove la verifica dei percorsi formativi in alto apprendistato è affidata agli standard formativi pubblici assimilando invece l'apprendistato di ricerca all'apprendistato professionalizzante che infatti viene agganciato agli standard professionali definiti nella contrattazione collettiva nazionale di lavoro di settore.

La previsione di contratti di apprendistato per la ricerca, affidata non solo alle sedi universitarie, ma anche a "altre istituzioni formative o di ricerca comprese quelle in possesso di riconoscimento istituzionale di rilevanza nazionale o regionale e aventi

⁽⁸²⁾ La produzione normativa di livello regionale elaborata in vigenza dell'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003 è raccolta in www.fareapprendistato.it.

⁽⁸³⁾ Più in generale, sulle molteplici varianti e funzioni dell'apprendistato di alta formazione, non certo limitato al solo segmento della alta formazione, cfr. S. SPATTINI *Higher-level Apprenticeships in Italy*, Discussion Paper for Mutual Learning programme Higher Apprenticeships - a part of effective lifelong learning and a flexicurity strategy, Torino, 30-31 Ottobre 2008 (in www.faredottorato.it).

⁽⁸⁴⁾ Si veda, al riguardo, il mio *Impianto e quadro regolatorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pp. 367-375. Vedi, nello stesso volume anche M. T. CORTESE, *Apprendistato e dottorati di ricerca*, pp. 384-390.

come oggetto la promozione delle attività imprenditoriali, del lavoro, della formazione, della innovazione e del trasferimento tecnologico”⁽⁸⁵⁾, risponde a ben vedere proprio al tentativo di avviare anche nel nostro paese la nascita e la diffusione di centri di formazione e ricerca privati o para-universitari con vocazione meno accademica pura (si pensi alla esperienza americana dei community college) e più legata alle esigenze innovazione e sviluppo delle imprese e del tessuto produttivo locale.

Non a caso la formulazione adottata dal Legislatore del Testo Unico sembra richiamare quella prevista per i regimi agevolati di incontro tra domanda e offerta di lavoro di cui all’articolo 6 del decreto legislativo n. 276/2003, così come modificato dal decreto legge del 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in legge 15 luglio 2011, n. 111. Una conferma, in altri termini, della nuova visione dell’apprendistato (e degli stessi dottorati) nell’ottica del *placement*, rispetto al quale domanda e offerta di lavoro si incontrano dinamicamente – e si rafforzano reciprocamente – sul versante della alta formazione e della ricerca, che è certamente molto più di un semplice contratto di lavoro pure caratterizzato per la presenza di una componente formativa.

L’apprendistato di ricerca – unitamente al dottorato di ricerca in alto apprendistato già contemplato dalla legge Biagi – vuole così rappresentare, nelle intenzioni del Legislatore, una straordinaria opportunità, specie per le nostre piccole e medie imprese, per investire con costi ragionevoli nella ricerca e nella innovazione, sostenendo in modo più adeguato rispetto al passato i processi di rinnovamento aziendale, gli *spin off*, le *start up* e, in definitiva, la dotazione di capitale umano di eccellenza.

Nell’ottica del raccordo tra Università e mercato del lavoro, l’apprendistato di alta formazione e ricerca pare dunque fattispecie di particolare pregio ai fini della identificazione di una tipologia contrattuale che, per vocazione, risulta finalmente adeguata allo scopo di dare riconoscimento giuridico al lavoro della ricerca anche nel settore privato. Non solo. Questa innovativa tipologia contrattuale potrebbe rappresentare, a ben vedere, anche la pietra angolare attorno a cui edificare un moderno sistema dell’alta formazione e della ricerca incentrato su coerenti profili professionali nell’ambito dei sistemi di classificazione e inquadramento professionale dei contratti collettivi allo stato carenti, salvo talune limitate eccezioni⁽⁸⁶⁾, di una specifica previsione e declaratoria e di conseguenti sistemi retributivi e premiali con riferimento alla figura professionale del ricercatore del settore privato. Pare infatti questa la strada per allineare l’Italia alle migliori esperienze offerte dalla esperienza internazionale e della analisi comparata.

⁽⁸⁵⁾ Articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167.

⁽⁸⁶⁾ Si veda, per esempio, il CCNL dei metalmeccanici che prevede al settimo livello la figura del ricercatore inteso come lavoratore che “sulla base delle sole direttive generali, realizza, nell’ambito del proprio campo di attività, con la necessaria conoscenza dei settori correlati, studi di progettazione o di pianificazione operativa per il conseguimento degli obiettivi aziendali provvedendo alla loro impostazione e al loro sviluppo, realizzandone i relativi piani di lavoro, ricercando ove necessario sistemi e metodologie innovative e, se del caso, coordinando altri lavoratori”. Anche in altri settori (alimentare, artigiano, servizi, chimico, edilizio e tessile) si individuano, almeno in alcuni contratti collettivi, figure similari, chiamate con le proprie competenze a sviluppare processi o prodotti, senza tuttavia un preciso impianto concettuale e normativo e declaratorie adeguate a inquadrarne in termini di fattispecie contenute, competenze, percorsi di carriera e conseguenti profili professionali.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

TANIA GARCÍA SEDANO
Profesora Asociada y Magistrada Suplente

tgседano@der-pu.uc3m.es

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El yo en cuanto conciencia lleva un contenido esencial, inherente e inviolable (raíz y fundamento último de los derechos humanos), a saber la misma vida, la dignidad humana y el libre desarrollo, el cual se garantiza y protege en la medida que también lo estén la libertad de pensar, expresar y manifestar aquellos pensamientos fruto, fundamentalmente, de la libertad ideológica, religiosa y filosófica, es decir, la libertad de conciencia cuya manifestación es objeto del presente trabajo.

Abstract: He takes consciousness as an essential, inherent and inviolable (root and ultimate foundation of human rights) content, namely the life, human dignity and the free development, which is guaranteed and protected to the extent so you are free to think, express and manifest those thoughts fruit fundamentally ideological, religious and philosophical freedom, ie freedom of conscience whose manifestation is the subject of this paper.

Palabras clave: Persona, objeción de conciencia, derecho fundamental, libertad, sociedad.

Keyword: Person, consciencia objeition, human rights, freedom, society.

Sumario : 1. Relación individuo y sociedad. 2.La libertad de conciencia. 3.La objeción de conciencia.3.1.Derecho subjetivo 3.2.Excepción. 3.3.Procedimiento. 3.4.Derecho fundamental. 4.Posturas de discusión. 5.Conclusiones. 6.Bibliografía

1. Relación individuo y sociedad

Si se pretende afrontar el estudio de la objeción de conciencia debe de partirse desde la dimensión que la origina, es decir, el individuo¹, pues es éste el que está sujeto a las normas y demás disposiciones que forman (nuestro) sistema jurídico. Asimismo, el sistema de referencia en el que nos moveremos será el de un Estado que reconoce unos

¹ Por individuo debe entenderse en sentido estricto a aquella persona física que, en general puede estar afectada por un problema de conciencia-norma y en particular por el objetor de conciencia al servicio militar.

Derechos Fundamentales, como base del desarrollo del individuo e indirectamente de la sociedad, y que, además, los garantiza y protege.

Ahora, si bien es obvio lo que entendemos por persona física o individuo, para determinar ante quien estamos y qué significa disfrutar o gozar de la libertad de conciencia partiremos del criterio que Ortega y Gasset² establece al determinar como concepto de persona que “yo soy lo que soy y mi circunstancia”. Desdoblando dicho concepto, tenemos, por un lado, que la circunstancia es todo aquello con que me encuentro, todos aquellos elementos que se relacionan conmigo, directa o indirectamente, es decir, mi cuerpo, mi psique y también toda la sociedad, esto es, las demás personas, los usos, las creencias, ideas... que encuentro en mi tiempo (la ‘circunstancia histórica’); y por otro, el yo en cuanto conciencia. Ambos se fusionan formando la persona o ‘proyecto vital’ en un principio de libertad, es decir, se mueve y se modifica, y en la medida que se modifica, en cuanto libre, hace que lo relacionado a él también varíe. “Ser libre quiere decir carecer de identidad constitutiva, no estar adscrito a un ser determinado, poder ser otro del que se era y no poder instalarse de una vez para siempre en ningún ser determinado”³, de lo contrario “la libertad tiende a perder su base, que es precisamente el sujeto en su insustituible, imprescindible e inviolable individualidad carnal, intelectual y moral”⁴. Ahora bien, el hombre es heredero de un pasado, de una serie de experiencias humanas pretéritas, que condicionan su ser y sus posibilidades⁵, y si se pretende variar alguna o algunas de las condiciones tendrá que enfrentarse a todo el sistema existente vigente en el momento en que se “es” y este sistema se defenderá.

De esta forma, el yo en cuanto conciencia lleva un contenido esencial, inherente e inviolable (raíz y fundamento último de los derechos humanos), a saber: la misma vida, la dignidad humana y el libre desarrollo, el cual se garantiza y protege en la medida que también lo estén la libertad de pensar, expresar y manifestar aquellos pensamientos fruto, fundamentalmente, de la libertad ideológica, religiosa y filosófica, es decir, la libertad de conciencia.

Concreta el diccionario de la Real Academia de la Lengua española sobre la conciencia que es la “propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta”. El contenido de la conciencia no es necesario que sea reconocido para ser creado, ya que ‘es’ en cada persona, existe desde que esta es, al igual que la manifestación exterior de dicho contenido. De tal forma es esto cierto que el desarrollo de la persona tiene como máximo factor determinante su conciencia, y, por lo tanto, en la medida que la libertad de conciencia esté realmente protegida lo estará la persona.

La conciencia es una dimensión individual que se desenvuelve en tres momentos ligados entre sí, a saber: el núcleo esencial, puramente interno, constituido por la

² ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*, pp.43.

³ O y G. OC, pág. 45.

⁴ GIUSEPPE CAPOGRASSI (1961) *La ambigüedad del derecho contemporáneo*. pág. 36.

⁵ ORTEGA Y GASSET. *Historia como sistema*, VI pp. 40-43.

libertad que debe tener toda persona a formar sus propias convicciones en cualquier materia (religiosa, ideológica...)” fundamentada en un sin fin de elementos que no tienen por qué compartir la esencia de la materia religiosa o ideológica. “El segundo momento, el externo, que se subdivide a su vez en dos, por un lado, cuando el sujeto manifiesta hacia el exterior las convicciones formadas (internas), y por otro, el externo referido o constituido por el derecho que tiene la persona a comportarse según las creencias o ideologías y no ser obligado a comportarse de forma contraria a las mismas (Ana F. Coronado). Los tres forman una unidad y no puede entenderse la libertad de conciencia sin este contenido, de ahí, que la protección actual de la fundamental libertad de conciencia abarque esos tres momentos. Señala Stuart Mill sobre la razón propia de la libertad humana que “comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar las opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás; pero teniendo casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y descansando en gran parte sobre las mismas razones es prácticamente inseparable de ella. En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.”⁶

Este consagrado parecer no ha sido constante en la Historia, la cual nos ha revelado como se han ido idealizando y positivizando los derechos fundamentales y como su primordial carácter de ‘fundamental’ no ha dependido del pacto que lo otorgó, sino de su propia naturaleza y su finalidad. Ese proceso de idealización y positivación de los Derechos Fundamentales ha sido más fruto de la lucha y la sanción que de la coherencia. La misma Declaración de Derechos de 1789 es conclusión de unas premisas de guerra y degradación humana, y es que “se necesita el transcurso de un cierto tiempo y una determinada cantidad de experiencia para que una verdad moral o de prudencia pueda ser considerada como establecida”⁷.

Todo, hoy, reconocimiento pleno de un derecho fundamental es el producto de la concienciación social de su relevancia en cuanto al individuo y el grupo. Concienciación relevante y manifestada en tanto ha sido fruto del conjunto de sanciones que, bien individual o colectivamente, ha recibido la persona, sin perjuicio que del iter histórico se desprenda que hasta hace bien poco no ha sido suficiente, pues si bien existía un reconocimiento pleno de dichas libertades y derechos, no había una igual aceptación a la exteriorización de los productos de la conjugación de esos derechos. Si no se reconoce los efectos externos del ejercicio de un derecho no se protege ni ampara el fundamento de ese comportamiento. Ahora bien, todavía hoy, en determinados casos, tampoco existe plena protección en cuanto que se antepone (como resultado de un

⁶ JOHN STUART MILL.(1993) *Sobre la libertad*. Alianza Editorial. 9ª reimpresión. pp.68-69.

⁷ *Ibidem*, pág. 161.

proceso de ponderación de valores e intereses) fundamentos y principios basados en la prioridad de que disfruta la colectividad, la sociedad. Lo que puede ser completamente legítimo y querido, más cuando se parte de la necesidad de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”, donde “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro (es) considerado como parte indivisible del todo”⁸. Voluntad general que deberá actuar “como si” (Kant) fuese el pueblo, pero dentro de los límites que establece el marco que la ha constituido y con la finalidad del desarrollo de sus componentes y del grupo formado⁹. Esto es, el impulso y la decisión de constituir un grupo y así obtener los beneficios que eso significa conlleva también el necesario sometimiento, tanto por parte de los individuos como los órganos que crea el grupo para su estabilización y funcionamiento, a las obligaciones y deberes que surgen. Esta necesaria unión dicotómica (la posibilidad de disfrutar de determinados beneficios y la de permitir a los demás ese disfrute) es lo que en el plano jurídico, en manos de Kelsen, se traduce como la esencial existencia “de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo”¹⁰, pero que como contrapartida le sujeta a obligaciones y deberes jurídicos. Surge un principio de obediencia al Derecho, que considero en parte relativo al no poder admitir con efectos absolutos el hecho de que “las cláusulas de este contrato están de tal suerte delimitadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las haría inútiles y sin efecto; de manera, que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera”¹¹, debido a que: 1º.- la congelación que se establecería impediría toda evolución, adaptación y viabilidad; 2º.- el reconocimiento tácito, si bien somos ‘herederos de un pasado’ no significa que debamos someternos a él en detrimento de un, nuestro, desarrollo que parte de una base constituida con distintos principios. Debe evitarse el diagnóstico de que “el hombre contemporáneo está llamado a refugiarse en alguna forma de evasión a la libertad. Evasión (que) se manifiesta, por un lado, por la creciente estandarización de los individuos, la paulatina sustitución del yo auténtico por el conjunto de funciones sociales adscritas al individuo; por el otro, se expresa con la propensión a la entrega y al sometimiento voluntario de la propia individualidad a autoridades omnipotentes que la anulan”¹², pues es negar todo derecho al desarrollo de la persona y a su dignidad en una realidad distinta a aquella en la que se ve obligado a desenvolverse; y 3º.- la violación de elementos del pacto no siempre conlleva su

⁸ROUSSEAU J.J (1994) *El contrato social*. Edicomunicación S.A. pp. 42-43

⁹ Esta condensación del concepto de Estado se ha elaborado o tomado teniendo presente que el campo de desarrollo del impacto de la objeción de conciencia que nos interesa se produce en nuestro Estado, un Estado social y democrático de Derecho, donde la soberanía reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado (art. 1, 1 y 2 de la Constitución de 1978).

¹⁰HANS KELSEN (1993) *Teoría General del Derecho*, 7ª ed. Ed.Porrúa, S.A. México. Trad. ROBERTO J. VERNENGO. pág.148.

¹¹ROUSSEAU J.J. *El contrato social*... ob.cit. p.43.

¹² ERICH FROMM (1985): *El miedo a la libertad*. Planeta Agostini, pág. 166.

desintegración, sino muchas veces su mayor estabilización y coherencia, como es el no cumplimiento de una norma que va contra natura, contra la dignidad humana, como ha sido, en el plano internacional las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU de 1973 y 1978¹³ que recomendaban la objeción de conciencia, teniéndola no sólo como un derecho sino también como un deber, frente al régimen de apartheid. Señala Thoreau que “todos los hombres reconocen el derecho a la revolución; esto es, el derecho a resistirse y negarle lealtad al gobierno cuando su tiranía o su ineficacia sean grandes e insoportables”¹⁴.

Los márgenes de desarrollo deben establecerse de tal forma que siendo necesario el establecimiento de un principio de orden, no se ensalce hasta el punto de frustrar todo intento de avance, ni tampoco admitir un principio de flexibilidad que nos sitúe en el extremo opuesto.

2. La libertad de conciencia

Sabemos que el campo de batalla está situado en el plano individuo versus sociedad, por lo que hay que tener presente, por un lado, que si bien debe hacerse “mucho caso de la libertad individual ...no hay que olvidar que el hombre es esencialmente un ser social. Se ha elevado hasta su nivel actual aprendiendo a conciliar su individualismo con las exigencias del progreso social. Un individualismo desbocado no puede hacer otra cosa más que permitir que reine la ley de la jungla. Hemos aprendido a encontrar el justo medio entre nuestra libertad individual y la coacción social. Plegarse de buena gana a las obligaciones sociales, con el deseo de asegurar el bien público, es servir al mismo tiempo a nuestro interés personal y al de la sociedad de que formamos parte”¹⁵, y, por otro, que “personas diferentes requieren también diferentes condiciones para su desenvolvimiento espiritual; y no pueden vivir saludablemente en las mismas condiciones morales, como toda la variedad de plantas no pueden vivir en las mismas condiciones físicas, en la misma atmósfera o en el mismo clima. Las mismas cosas que ayudan a una persona en el cultivo de su naturaleza superior son obstáculos para otra. La misma manera de vivir excita a uno saludablemente, poniendo en el mejor orden todas sus facultades de acción y goce, mientras para otro es una carga abrumadora que suspende o aniquila toda la vida interior. Son tales las diferencias entre seres humanos en sus placeres y dolores, y en la manera de sentir la acción de las diferentes influencias físicas y morales, que si no existe una diversidad correspondiente a sus modos de vivir ni pueden obtener toda su parte en la felicidad ni llegar a la altura mental, moral y estética de que su naturaleza es capaz”¹⁶ difícilmente se reconoce un derecho al desarrollo de la persona sino más bien una conducción del desarrollo, y de donde, a

¹³ Resoluciones 3.086 (XXVIII) de 30 de noviembre, y 33/1965, de 20 de diciembre, respectivamente.

¹⁴ THOREAU, H.D (1995): *Sobre el deber de la desobediencia civil*. Ed. Iralka. San Sebastian. Trad. de Antonio Casado da Rocha, pág. 5.

¹⁵ GANDHI (1988): *Todos los hombres son hermanos*. 10ªed. Ed.Atenas, pág. 203

¹⁶ STUART MILL: *Sobre la libertad*.... ob.cit., pág 141

nivel colectivo, se desprende que “las masas sirven al Estado no como hombres, sino como máquinas, con sus cuerpos”¹⁷.

Es evidente que hay un derecho fundamental al desarrollo de la persona, y es una exigencia que ese derecho esté verdaderamente amparado por aquel sistema que a su vez lo limita y conjuga en y por el beneficio de la seguridad y equilibrio del conjunto de individuos que forman la sociedad.

En este planteamiento, el reconocimiento de cualquier derecho debe ir acompañado de aquellos medios que establezcan su garantía, la cual no se queda en el simple reconocimiento sino también en facilitar el ejercicio de su contenido. De esta forma, la garantía de la conciencia se realiza a través de la protección y reconocimiento de la libertad de conciencia, que se configura como derecho fundamental, y su contenido significa que una persona tiene derecho a formar su conciencia, a exteriorizarla - individual o colectivamente- y a comportarse coherentemente según esta. Por eso, es irrefutable afirmar que la conciencia no es un producto inalterable, sino todo lo contrario. La misma formación de la conciencia supone un proceso de objeciones, la toma de una decisión es la objeción de otra u otras, una conjugación de preferencias que en tanto sean internas están totalmente protegidas, obvio, pero que cuando se manifiestan pueden conllevar relevancia jurídica conflictiva, y no por eso deben estar automáticamente reprochadas o reprimidas. La libertad de conciencia y la objeción de conciencia “se encuentran así en una estrecha conexión de especie y género”¹⁸.

Esta íntima relación nos permite establecer que por libertad de conciencia puede entenderse la libre formación de convicciones sobre la conducta (Stein señala conducta moral¹⁹). Convicciones que vendrán, no quito que también ex novo o auspiciadas por el Derecho Natural, pero en general vinculadas o basadas en elementos externos de relación, ya los llamemos ideologías, religiones, pensamientos... Por esta razón, la conceptualización y regularización de la libertad de conciencia y por ende de la objeción, no aparece con uniformidad en las distintas regulaciones y doctrinas. Muchas Constituciones, por un principio de seguridad, aluden más a su definido contenido, esto es, libertad ideológica, religiosa, de opinión, pensamiento... que al genérico de la libertad de conciencia. Claro ejemplo lo tenemos en nuestra propia Constitución que concreta en su art. 16.1 la libertad de conciencia como “la libertad ideológica, religiosa y de culto”. Sin embargo, es evidente que “la libertad ideológica y religiosa es la matriz de la objeción de conciencia, la nodriza ética que suministra razones a la objeción”²⁰.

De igual forma sucede en el plano del Derecho Internacional, donde el tratamiento relativo a los Derechos y libertades fundamentales nos sitúa los parámetros delimitadores, a saber: siguiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10

¹⁷HENRY DAVID THOREAU: *Sobre el deber de la desobediencia civil...* ob. cit. pág 4.

¹⁸BERTOLINO R. (1967): *L'Obbiezione di Coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei. Giappichelli*.Turín, pp. 26 y 53

¹⁹STEIN, E. (1973): *Derecho político* (1071), trad, de F. Sáinz Moreno, Madrid, Aguilar, pag. 210

²⁰PECES-BARBA, G. (1988) “Desobediencia civil y objeción de conciencia” *Anuario de Derechos Humanos*, 5.

de diciembre de 1.948²¹ determina, por un lado, en lo concerniente a la dimensión del individuo, en su art. 3 que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; el art. 6 señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”²²; el art. 18 preceptúa que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”²³, y el art. 26 determina en su punto primero que “toda persona tiene derecho a la educación” y en el punto segundo que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, y, por otro, acerca de la dimensión social, concluye en el art. 29, punto 1 que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, y en su punto 2 que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En cualquier caso, el reconocimiento de la libertad de conciencia permite al individuo una conducta sobre convicciones individuales, pero, no de forma absoluta, sino que debe desarrollarse guardando ciertos límites. La libertad de conciencia establece reglas de permisividad para “obrar de acuerdo con nuestras convicciones y gozar de la protección del Estado frente a la injerencia de terceros cuando esas convicciones se desarrollan en el ámbito de la licitud jurídica y al propio tiempo formular objeciones de conciencia cuando las convicciones entrasen en contradicción con alguna obligación jurídica”²⁴.

3. Objeción de conciencia

Si fruto de mi libertad de conciencia expongo una idea, aun siendo disparatada, que es objeción de otra y por ese motivo me son vulnerados determinados derechos (v.g. me agreden), el Estado tutelaré mi postura en tanto que no he hecho otra cosa que como producto de mi conciencia objetar otra idea. De este planteamiento puede afirmarse que el Estado me reconoce un derecho general a la objeción de conciencia; pero como la objeción relevante es aquella que aparece como la negativa al cumplimiento de determinadas obligaciones por razones de conciencia, y esto, en principio, como parece ir contra la naturaleza y equilibrio del Orden no permite el reconocimiento de ese

²¹ Adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas -UN. Doc ST/HR/1/REV.1-.

²² Igual contenido que el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Ratificado por instrumento de 13 de abril de 1977 -Jefatura de Estado, B.O.E. 30, RCL 893.

²³ Mismo contenido que el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ GASCÓN ABELLAN. M. (1990): *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia. Centro de estudios constitucionales*. Madrid, pág. 258.

derecho general a la objeción de conciencia. En nuestro campo de estudio, no se trata de establecer sin más un derecho general a la objeción de conciencia, ni negar este cuando la realidad responde afirmativamente.

Casuísticamente, la Sentencia del T.C. 161/87, de 27 de octubre²⁵ señala que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”; y, del mismo modo, doctrinalmente se subraya que el reconocimiento de una “objeción de conciencia con carácter general, ...significaría la negación misma de la idea de Estado”²⁶.

Ahora, si como premisa establecemos que un reconocimiento puro del derecho general a la objeción de conciencia puede conllevar a la ‘anarquía’; también debemos considerar que es cierto que no hay derechos absolutos reconocidos, todos se encuentran limitados, lo mismo que el derecho general a la objeción de conciencia. A saber: Primero, la sola idea de un derecho significa la de una obligación o deber; segundo, la existencia de distintas conciencias significa límite al ejercicio de ese derecho; y tercero, la sola constitución de un orden o Estado significa renuncia de unos derechos, total o parcialmente, para beneficiarse de otros²⁷. Asimismo, en idénticos términos ocurre en la dimensión del derecho internacional, por ejemplo la Declaración Universal de 1948 establece, en su art. 29, como inmediatos límites a todos los derechos y libertades “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”²⁸. Es decir, en cualquier campo en el que nos situemos, se confirma que no todas las manifestaciones de la libertad de conciencia están amparadas, tal y como ocurre con todos los demás derechos establecidos en un ordenamiento jurídico. En el caso de la objeción de conciencia, ya sea como derecho autónomo o como manifestación de la libertad de conciencia, podrá estar o no amparada, pero eso no significa que debamos vaciar su contenido o negarle su condición de derecho general, más cuando hay una realidad que reconoce la viabilidad de este derecho, aun a pesar de no estar reconocido en ley o disposición alguna, como ha ocurrido con el supuesto del aborto y la sentencia del T.C. 53/1985, de 11 de abril²⁹, donde “en el caso de la objeción de conciencia del personal sanitario a colaborar en las prácticas abortivas legales, el Tribunal Constitucional afirma claramente que nos encontramos ante un derecho

²⁵ Ponente Ángel Latorre Segura. BOE de 12 de noviembre de 1987.

²⁶ NAVARRO VALLS, R. (1993): “Ley, Jurisprudencia y Objeción de conciencia”, *Tapia* nº 69, Diciembre.

²⁷ Aunque este punto nos introduce en la materia sobre el por qué de la obligación de obedecer al derecho que, no obstante, no se va a tratar.

²⁸ De igual forma el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su art. 18 determina “que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás”, y en los mismos términos el Convenio Europeo de 1950.

²⁹ Ponentes Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant. BOE de 18 de mayo de 1985.

fundamental, que forma parte (del contenido) del derecho fundamental más amplio de la libertad ideológica y religiosa consagrado en el artículo 16³⁰ (jurado).

Consecuentemente, no sólo se confirma que la libertad de conciencia y la objeción de conciencia están en ‘estrecha conexión’, sino que es claro que “la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia y que existe un deber general a la objeción de conciencia pero limitado en función de los deberes objetados³¹. Así, subrayando, entre otras, la Resolución nº 337, de 26 de enero de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa³², puede decirse que “la objeción de conciencia es una noción restringida de la libertad de conciencia³³ o como señala la jurisprudencia alemana que “‘descansa’ en el principio universal de la libertad de conciencia³⁴. Este planteamiento significa que la garantía de la libertad de conciencia (o libertad ideológica, religiosa...) implica la tutela de la objeción de conciencia. En su grado máximo, la negación de la objeción de conciencia es negación de la libertad de conciencia; no obstante, este grado no se produce, pues la mayor parte de las manifestaciones de la libertad de conciencia no tienen relevancia jurídica de conflicto. Sin embargo, cuando la tienen, nos situamos ante una problemática de derechos: el derecho al desarrollo personal que viene insoslayablemente unido al derecho a la libre formación de la conciencia (lo que supone el derecho a oponerse o hacer valer una oposición fundamentada en la conciencia, coherente con el comportamiento del individuo) y los demás derechos, reflejo de una obligación o deber.

La práctica jurisprudencial ha establecido, en un primer momento, su significación como derecho general de naturaleza fundamental, a saber: las recitadas sentencias del T.C. S. 15/82, de 23 de abril³⁵ que declara “que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica... puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido implícita y explícita en la ordenación constitucional española”; e igualmente la sentencia del T.C. 53/85, 11 de abril que determina que el “derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”. Y en un segundo, cuando pretende, por un principio de prudencia y en un momento más problemático, recalificar la objeción de conciencia

³⁰OLIVER ARAUJO, J. (1993): *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, pág. 210. En iguales términos cita Oliver Araujo a Llamazares Fernández, Dionisio: *Derecho...* ob. cit., pág.624; MARINA, G. Y PRIETO, L.: “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional” en *Anuario de Derechos Humanos*, 5. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1988-1989, pág. 108.

³¹RUIZ MIGUEL, A: “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm.4 (1986-1987), pág. 17 y ss.

³² O las Resoluciones 1987/46, de 10 de marzo de 1987 y 1989/59, de 8 de marzo de 1987 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; o las Resoluciones de 7 de febrero de 1983 y 13 de octubre de 1989 del Parlamento Europeo.

³³ GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia...* ob.cit., pág. 269

³⁴ Parecer del Tribunal Federal Constitucional alemán. Tomado de F.J. Peláez Albendea. *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid 1988, pág. 55.

³⁵Ponente Gloria Begué Cantón. BOE de 18 de mayo de 1982. En el mismo sentido la STC 35/1985, de 7 de marzo: Ponente Ángel Escurdero del Corral. BOE de 27 de marzo de 1985.

como excepción, como derecho “a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales”³⁶, se dicta la STC 160/87, de 27 de octubre³⁷ por la que se le niega el carácter de fundamental, caracterizándolo como constitucional autónomo, mientras que su ponente³⁸, a través de voto particular, no sólo no rechaza la calificación hecha por la Sentencia sino que establece la objeción de conciencia como parte y “necesariamente conexas” a la libertad ideológica y, por lo tanto, a la libertad de conciencia, participando de la naturaleza de derecho fundamental.

3.1. Derecho subjetivo

La existencia o no de un derecho fundamental a la objeción de conciencia no viene determinado por principios de prudencia, oportunidad o conveniencia, ni a través del nombre o calificativo que se le de, sino del real contenido que tiene, que es el que tiene que prevalecer, siendo este, precisamente, el de un derecho de carácter general alegable cuando se presenta ante cualquier individuo un conflicto entre su conciencia y una determinada norma. Conflicto que tiene como escenario insoslayable el desarrollo del individuo. Ahora, si bien cada individuo tiene ese derecho, su proyección no significa una sin más plena tutela. Los frutos del ejercicio de ese derecho deberán ser coherentes con el resto de las circunstancias que forman el orden social. No se trata si la objeción es “admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”³⁹, sino que su simple alegación significa su admisión, que no es lo mismo que su plena eficacia. Su eficacia vendrá condicionada por la verificación de si en el juego de los límites establecidos por el marco constitucional no se lesiona un bien de mayor protección. En el caso del objetor de conciencia al servicio militar no parece que lesione ni al servicio militar como bien protegible, si lo fuera, ni a la defensa de España, ya que esta no sólo se produce por la existencia de un contingente militar, sino que también se defiende por otros medios no necesariamente de naturaleza militar. Todo ello, sin perjuicio del valor y la protección que tiene el individuo a través de los derechos fundamentales de que disfruta, que le permiten recabar la tutela de esas libertades y derechos de acuerdo a lo dispuesto en el art. 53 de nuestra Constitución. Tutela que no tiene el ciudadano para proteger el derecho a que se defiende a España. Es decir, la protección y contenido que la Constitución concede a la objeción de conciencia al servicio militar está muy por encima de aquellos bienes que supuestamente se ven vulnerados por el ejercicio de esa objeción, y esto sólo puede suceder si estamos ante un derecho de fundamental contenido y protección, lo que no significa que ese derecho esté amparado de forma absoluta, pues ningún derecho ni libertad lo está.

La existencia de un procedimiento garantizador no está establecido para que con sus dictámenes ‘constituya’ el derecho a la objeción de conciencia, sino simplemente lo declare en cuanto que existe un contenido cierto, que producirá, por lo tanto, regulados efectos. El objetor ya ‘es’ y el derecho ya existe. “El derecho a la objeción de conciencia es personalísimo y, por definición, la actuación de la Administración no

³⁶ STC 161/87, de 27 de octubre.

³⁷ Ponente Carlos de la Vega Benayas. BOE 12 de noviembre de 1987.

³⁸ Sr. De La Vega Benayas.

³⁹ *Ibidem*

puede otorgar ex novo un derecho, sino sólo comprobar que se reúnen los requisitos para su ejercicio. El efecto de su intervención debe ser declarativo de la posibilidad de ejercicio del derecho”.⁴⁰ El procedimiento tan sólo verifica la realidad de la conciencia, que como tal mientras no se manifieste no puede ser objeto de estudio, y confirma el derecho general de objeción de conciencia. De hecho, la Ley 48/84, establece exactos efectos para aquellos “españoles sujetos a obligaciones militares que... sean reconocidos (esto es, “examinados con cuidado para enterarse -no para dárseles- de su identidad, naturaleza y circunstancias”⁴¹) como objetores de conciencia”. El objetor de conciencia tiene un derecho a que se le reconozcan los efectos propios que conlleva la realidad de su conciencia que acreditada le confirma como objetor y a que el Estado facilite, no impida y no obstaculice tanto la verificación como el disfrute de los efectos. El individuo tiene una “serie de facultades que vienen permitidas por el Derecho objetivo y a las que se atribuye una protección consistente sobre todo en el ejercicio del derecho de acción en caso de vulneración de dichas facultades”⁴².

3.2. Excepción

Evidentemente, el particular entendimiento de la objeción de conciencia como derecho general y limitado, no es compartida por gran mayoría de la doctrina. La fundamentación básica se encuentra en conceptualizar la objeción de conciencia como EXCEPCIÓN. Los defensores de esta postura señalan que la objeción de conciencia es excepción a un deber u obligación, y de esta manera sólo tendrá viabilidad aquella que haya sido específicamente regulada.

Sin perjuicio de lo desarrollado en el punto siguiente, esta cuestión permite traer a colación, precisamente, que si existe la posibilidad de positivizar diversos supuestos de objeción de conciencia es porque, primero, debe de existir un derecho general a la objeción de conciencia en estado latente o potencial, y segundo, que la capacidad de previsión del legislador es circunstancia excepcional, es decir, que si se pretende regular un nuevo tipo de objeción de conciencia es debido a que normalmente ya se ha manifestado el conflicto conciencia-norma con relevancia jurídica.

Esta estructuración positivista no puede tratar de establecer que por objeción de conciencia se entienda tan sólo aquello que se encuentra regulado, cuando el fundamento y naturaleza de la objeción de conciencia, como también de las normas del ordenamiento, disfruta del carácter moral, “se basa en consideraciones morales que forman parte del propio ordenamiento jurídico”⁴³, lo que a su vez nos conduce a la justificación moral de la obediencia al derecho y, en su caso, a la desobediencia.

⁴⁰ CAMARA VILLAR, G. *La Objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)* Civitas..., ob.cit. pag. 155.

⁴¹ Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española.1992. Espasa Calpe S.A. 1994, significado de reconocer.

⁴² ESCOBAR ROCA, G.(1993): *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pág. 213.

⁴³ PECES-BARBA, G. “Desobediencia al Derecho...” “ ob. cit. pág. 161

Asimismo, tampoco comparto las posturas que defienden que la idea de excepción se sustenta también en que si la objeción de conciencia está directamente vinculada a la libertad de conciencia entonces la estabilidad del Estado dependería de la conciencia de cada individuo, lo que conduce a una anarquía o negación del Estado, y que además debe desaconsejarse, “pues colapsaría, sin duda, la instancia constitucional mediante una más que probable formulación de recursos de amparo en masa”⁴⁴, debido a que, sin perjuicio de no entrar en el planteamiento segundo por caer por su propio peso, el reconocimiento del derecho general a la objeción de conciencia no creo que conlleve esa temida anarquía, pues entre otras razones el principio de asociación dinámico por el cual se ha establecido el ‘pacto social’ es tan normalmente respetado por el no objetor, como por el que es objetor de conciencia; simplemente el objetor utiliza los medios que el marco, determinado por el pacto, ha establecido para así proteger su conciencia y su desarrollo personal, sin que por eso ponga en peligro la estabilidad de otro bien protegible⁴⁵. Podrá negarse ese derecho (o su ejercicio) por un principio de oportunidad, de prudencia o político, pero esta negación no destruye la naturaleza y contenido del derecho general a la objeción de conciencia, solamente lo reprime y obstaculiza.

Por otro lado, la configuración que establece el Tribunal Constitucional (Sentencias 160 y 161 de 1987) sobre la objeción de conciencia la sostiene “en base a que el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia consiste en el derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar obligatorio; y es esta naturaleza lo que impide que pueda conceptuarse como derecho fundamental”⁴⁶. Ahora, en contra, señalar que no creo que el contenido esencial de la objeción de conciencia sea el derecho a ser declarado exento, sino la facultad de ver garantizado el libre desarrollo de una persona, para lo cual, en tanto en cuanto que la conciencia ha de manifestarse para ser verificada podrá existir (aunque no es necesario) un procedimiento de constatación. Pero mi derecho a la objeción de conciencia no es el derecho al procedimiento, sino a la garantía de mi libre desarrollo y la ponderación de los intereses que pueden enfrentarse. “El procedimiento conducente a la declaración del objetor de conciencia es el modo para la satisfacción del derecho pero no es el derecho mismo”⁴⁷. Es más, como se verá en el punto siguiente, la misma ineficacia del procedimiento (actuación como mero registro) permite que el servicio militar y la prestación social sustitutoria se encuentren en un plano de elección, que conlleva la calificación de la objeción de conciencia como derecho fundamental. Además, no encuadra bien que se califique de excepción cuando el reconocimiento del ejercicio del derecho implica obligaciones más gravosas que el mismo servicio militar, como es la misma duración; y cuando la excepción es precisamente la regla general, como se desprende del enorme número de objetores de conciencia.

⁴⁴Ibídem, pág.52

⁴⁵ Incluso en la figura del insumiso, que a través de los procedimientos jurídicos y sus sentencias manifiesta no sólo el conflicto conciencia-norma, sino el retrogrado y obsoleto sistema establecido en nuestro país, que permite que una persona que por su conciencia y coherencia se opone a cumplir el servicio militar obligatorio, inconsistente en nuestros días, y todo aquello que pueda sostener este servicio, tenga que sufrir la patética rehabilitadora prisión.

⁴⁶ OLIVER ARAUJO. J.: La Objeción de conciencia... ob. cit. pág. 216.

⁴⁷GASCÓN ABELLÁN. M.: Obediencia al derecho... ob. cit. pág. 253.

3.3. Procedimiento

Todo enfrentamiento de dos derechos significa tener que acudir a la vía correspondiente para que se resuelva a cual debe dársele preferencia. Para nuestro caso, debería de ser igual, si bien de hecho puede decirse que lo es, sólo que de forma especial. El establecimiento de un procedimiento para determinar si se reconoce o no la condición de objetor de conciencia, no es otra cosa que ponderar las circunstancias de cada elemento de enfrentamiento y dar preferencia a aquella que tenga más relevancia. Relevancia que vendrá determinada por ineludibles límites-parámetros, a saber: el individuo y la sociedad (el orden social).

A través de ese procedimiento se reconocerá, una vez verificada la coherencia entre la conciencia, formada por el ejercicio de la libertad de conciencia, y el comportamiento del individuo, la proyección que, para cada caso, tiene el carácter de objetor (o ejercicio del derecho), y cuando ese reconocimiento implica el tener que cumplir otra prestación en defensa de España, situamos perfectamente el servicio militar y la prestación social sustitutoria en el mismo plano.

Todo este mecanismo sucede en el campo administrativo como primera garantía de la realidad de la conciencia y la existencia de un derecho fundamental como medio del desarrollo personal, y si no se reconociera todavía se podrá acudir a la vía judicial, segunda garantía. Es decir, que la temerosa anarquía fruto de un derecho general a la objeción de conciencia se encuentra, para el caso concreto del servicio militar, ahogada por dos vías de garantía y protección.

No obstante, el mismo procedimiento estructurado como garantía de la realidad de la conciencia y objeción de cada sujeto puede orientarnos a la hora de saber si nos encontramos o no ante ese derecho general y su reconocimiento como fundamental.

“El Estado puede optar entre dos diferentes modos de reconocimiento del derecho: reconocimiento condicionado y reconocimiento incondicionado”⁴⁸. El primero se produce “cuando la ley de reconocimiento designa a un órgano del Estado, para que decida sobre la admisión de los motivos aducidos por el objetor”⁴⁹, y el sistema incondicionado se establece “cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la objeción, con independencia del tipo de motivos en que se funde, sobre la base... de presumir de firmeza y profundidad de la íntima convicción individual”⁵⁰. Así, aquel sistema que gestiona y tiene una real verificación de los motivos podría establecer una naturaleza de excepción, ya que del examen que se realice se decidirá si se cumplen o no los requisitos necesarios; pero cuando la acreditación no es más que un entretenido rellenar una solicitud, sin que exista mayor valoración, y sin más se reconoce la condición de objetor, evidentemente, no sólo se está declarando ese derecho general, que por ser tal no necesita control de realidad, sino que todo el procedimiento se convierte en un mero archivo y registro de los objetores de conciencia o, simplemente, en un control de

⁴⁸FERNANDO AMÉRIGO CUERVO-ARANGO. “La objeción de conciencia...”, ob. cit., pag.

⁴⁹ Ibídem, pág.

⁵⁰ Ibídem, pág.

aptitud para poder cumplir la prestación social sustitutoria. Pero es más, este simple registro de los objetores de conciencia convierte el problema de la objeción de conciencia en un problema de opción. Es decir, el sujeto amparado por el derecho a la objeción de conciencia puede optar entre cumplir un determinado deber o no, y en el supuesto de que guarde silencio se entiende que, al ser hoy por hoy, justificable o no, el cumplimiento del deber -para aquellos a quien obliga- se quiere cumplir el mismo. Mecanismo que no es ni novedoso ni exclusivo para este caso, sino que podemos encontrar numerosos ejemplos en los distintos campos de nuestro Derecho.

Nuestro sistema parece estructurarse como condicional, al existir un órgano de gestión, pero, sin embargo, la amplitud de los motivos alegables (a saber, “religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza”, es decir, el contenido de los mismos es prácticamente infinito) y la falta de control de acreditación (simplemente rellenar el impreso oficial sin tener que pasar o probar la condición) permite determinar que el carácter constitutivo y de excepción que podría desprenderse del procedimiento de reconocimiento no existe.

Esta alternativa no viene, obviamente, como tal reconocida en la Constitución de 1.978, sin embargo, de la interpretación del art. 30.2, donde sitúa el servicio militar frente a la objeción de conciencia, si podemos obtener esta conclusión. Dicho punto segundo establece simétricamente al servicio militar obligatorio la existencia de ‘la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención’. De esta manera podríamos decir prima facie que la objeción de conciencia es una exención más; sin embargo, el hecho de permitir que esa exención deje de tener el alcance y naturaleza de las establecidas de forma general ‘demás causas’ al permitir vincular la objeción de conciencia al cumplimiento de una prestación social y sustitutoria, esto es, ‘en vez de’, aparece un nuevo elemento, sui generis, totalmente desmarcado de los ‘demás’. Consecuentemente, el servicio militar y la prestación social comparten el mismo fin de defensa de España⁵¹, y como esa finalidad se desarrolla en el plano individual a través de una previa declaración de objetor de conciencia, esta y este deben estar efectivamente garantizados, y así se cumple en la medida que tiene a su alcance la tutela de todo derecho fundamental⁵².

Consecuentemente, si la persona que está sujeta al cumplimiento del servicio militar puede optar (en lugar de) por el cumplimiento de la prestación social sustitutoria con solo alegar su condición de objetor de conciencia, significa, primero, -volvemos a subrayar- que, en última instancia, el Estado está obligado a permitir y facilitar el ejercicio del derecho. Y segundo, que esta opcionabilidad que viene vinculada a la

⁵¹ Si bien “es cierto que las actividades que se suelen realizar en tiempo de paz en los servicios civiles alternativos poco tienen que ver con la defensa del país” F.J. PELÁEZ ALBENDEA. La Objeción... ob. cit. pág. 61. Aunque esto no es determinante para excluir que la finalidad es la de la defensa de España, ya que responde más a un problema de institucionalización y organización que al de la naturaleza y estructuración.

⁵² Constitución Española de 1978. Artículo 53.2 “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

configuración del derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental dejará de existir cuando se le niegue este carácter. Esta conclusión se desprende de la realidad del momento actual, por lo que se puede compartir el silogismo establecido, que entendido a sensu contrario, determina que “si se conceptuara como un derecho fundamental, la conclusión lógica sería configurar el servicio militar y el servicio civil... como alternativos..., lo que implicaría reconocer a los ciudadanos total libertad para optar por uno u otro y la conversión, por tanto, del servicio militar en totalmente voluntario”⁵³.

Esta alternatividad es una de las manifestaciones, en un momento concreto, de las distintas que surgen de la evolución de un mismo elemento. La delimitación actual de la situación de la objeción de conciencia es una parte del desarrollo evolutivo del conflicto conciencia y norma, que si bien es un iter continuo y puede, según cada caso, evitar algún específico momento, podemos estructurarlo en los siguientes estados: La existencia de este factor de opcionabilidad responde a un primer momento donde a través de una norma o disposición se establece la obligación o el deber de hacer o no hacer una determinada cosa.

En un segundo momento, surge, por un lado, la manifestación exterior de la conciencia. Evidentemente, la conciencia aparecerá como fruto de la influencia y consolidación religiosa, moral o ideológica que tenga el sujeto y con anterioridad a su manifestación, la cual también nace como producto de una decisión de conciencia. Esa manifestación de conciencia podrá oponerse o no al cumplimiento de la obligación o deber de hacer o no hacer. Si se opone estamos ante la objeción de conciencia con relevancia jurídica, en tanto se produce el conflicto conciencia-norma; y en el supuesto de que esté de acuerdo con el contenido de la obligación o deber o no estando de acuerdo tema más la sanción y lo cumpla, no tendrá, en principio⁵⁴, relevancia jurídica y el ordenamiento no la prestará atención; o por otro lado, la exteriorización de otra manifestación, digamos física, que nos impide cumplir ese hacer o no hacer -también es una objeción pero no subjetiva, que puede admitirse como tal no entrando en mayor consideración que su acreditación y que permite evitar la obligación-.

En un tercer estado, dentro de la objeción de conciencia relevante jurídicamente, será su desarrollo, concienciación y asunción social la que permita que se establezcan excepciones, stricto sensu, que autorice el no cumplir la norma que se objeta -que llamaré norma principal-, o bien no cumplir esa principal pero sí una segunda modalidad de obligación o deber coherente con la objetada. En este punto se podrán introducir elementos o procesos de acreditación, a tenor de la importancia que tenga el deber u obligación que se exceptúa y fiscalización de la realidad de la conciencia del sujeto objetante.

⁵³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (1989): *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pag. 623, 624 y 625.

⁵⁴ Digo en principio porque el objetor que no se manifiesta como tal por miedo a la sanción es muchas veces objeto de coacción en detrimento de su desarrollo.

En un cuarto momento, el mayor grado de desarrollo y concienciación traerá, por un lado, si la norma que se objeta se convierte en no relevante para la colectividad, su desaparición, y por otro, si el deber u obligación objetado sigue teniendo relevancia, la facultad de optar por el cumplimiento de uno u otro deber (pudiendo de forma transitoria establecer un proceso de admisión sin control de la voluntad del objetor), para terminar en el reconocimiento de objetor sin condicionantes (aunque realmente ya no es objetor). De ahí podrá obtenerse, a su vez, si la mayoría de los optantes elige la obligación nacida como alternativa, la estructuración y la reorganización del deber u obligación y todo lo que esta conlleva, en su más amplio campo.

Todo ello, sin perjuicio del individuo que, en busca de alcanzar la desaparición de la norma principal o su reorganización, opta por no cumplir ninguna de las obligaciones, ni la principal ni la aparecida como alternativa, fundamentado el no cumplimiento de la alternativa en que esta es una justificación que permite sostener la norma principal, como es el caso de los insumisos y la desobediencia civil, en el plano individual y colectivo, respectivamente. Si bien son conceptos que requieren un estudio específico, que en esta parte más general no está prevista su encuadre.

Y por último, un quinto momento donde se consolida el método de la alternatividad y donde se protege tanto el interés colectivo como el individual, desapareciendo totalmente del plano jurídico el problema de la objeción de conciencia, salvo la objeción a todas las posibilidades de elección, pero esto nos vuelve a llevar al principio de la configuración.

Son en los momentos tercero y cuarto donde se produce toda la discusión, sobre todo porque no son momentos que empiezan y terminan en fechas concretas y porque desde el plano de nuestra Constitución obtiene alimento, pues la Carta Magna concede el ámbito de discrecionalidad y flexibilidad necesaria para adaptarse a la evolución imparable. Adaptación que concretará en cada momento el legislador.

Consecuentemente, si bien se atiende al individuo, a su desarrollo, en general, y a su libertad de conciencia, en particular, y a la sociedad “democrática”, el problema de la regulación y solución vendrá dado de acuerdo al momento y con el Estado en que nos encontremos, esto es, el orden público constitucional, el cual canalizará y establecerá el ya manifestado concreto contenido de las exteriorizaciones de la libertad de conciencia.

A modo de ex-cursus señalar que de la realidad del último momento y referido al servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria, surge la cuestión de qué ocurre con la sustitutoria prestación social si el legislador entiende que es mejor sistema el tener un ejército profesional y no un servicio militar obligatorio. Si el servicio militar obligatorio es una de las formas de defender a España y su sustituto también⁵⁵, si desaparece el primero porque se crea un ejército profesional, ¿debe desaparecer también el segundo y estructurar una prestación social profesional a cargo del Estado? o ¿debe desaparecer sin más, dado que ese servicio está cubierto por los

⁵⁵ En este particular, debe entenderse aquellas prestaciones que tengan ese carácter de defensa de España y desde un punto de vista restrictivo; pues si bien toda prestación puede considerarse defensa de España, la realidad, como ya se ha señalado, y en puridad no es así.

servicios profesionales ya existentes?. La contestación afirmativa a ambas preguntas es válida y viable, aunque ciertamente el problema y el movimiento social no está ni se debe, de partida, a la configuración de la prestación social, sino a la obligatoriedad del servicio militar.

3.4. Derecho fundamental

“Se trata, pues, de un derecho constitucional con eficacia inmediata que es reconocido en la medida en que aparece expresamente mencionado por la norma suprema en su art. 30.2”⁵⁶, y de igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987 señala que “las fuerzas armadas están reconocidas constitucionalmente y que la norma fundamental ha constitucionalizado el servicio militar obligatorio”. En este punto, obviamente en tanto en cuanto es un derecho que esta reconocido en la Constitución estaremos ante un Derecho Constitucional, con toda la protección que esa misma Constitución establece. Pero el derecho a la objeción de conciencia conlleva, ya no solo esa misma protección, sino además la de cualquier derecho fundamental. Sin embargo, no todo derecho constitucional es derecho fundamental y podría suceder que un determinado derecho fundamental no sea constitucional en tanto no está reconocido. La libertad de conciencia es un derecho fundamental y por lo tanto también lo es su contenido, es decir, obrar conforme a los imperativos de la misma. La objeción de conciencia es parte de la libertad de conciencia, lo que es “lógico y evidente”⁵⁷.

Partiendo de estas premisas la conclusión debe ser que la objeción de conciencia es un derecho fundamental. “Técnicamente la objeción de conciencia se expresa como un derecho fundamental de carácter complejo”⁵⁸.

4. Posturas de discusión

No es la postura predominante la que admite la objeción de conciencia como derecho fundamental. Dividiremos las posturas existentes en, por un lado, desde el punto de vista doctrinal y, por otro, jurisprudencial.

1) Doctrinalmente se han establecido como principales causas de su no carácter de fundamental⁵⁹ “las siguientes razones:

a) que el derecho no se halla constitucionalmente reconocido en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, siendo así que sólo ellos son calificados por la Constitución de esta manera;”. “El hecho de que su previsión constitucional se haya efectuado en el art. 30 y no...en el propio artículo 16, debe considerarse determinante a

⁵⁶ CONTRERAS MAZARIO, J.M. (1993) *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho* Universidad Carlos III de Madrid:Madrid, pag. 44.

⁵⁷ Como así lo señala el magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre, Sr. De La Vega Benayas.

⁵⁸ CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar*, ob. cit. pág.254

⁵⁹ Tomamos las alegaciones escogidas por CÁMARA VILLAR, G. *La Objeción de conciencia...* ob.cit., pag.154-155, de la intervención del representante del Grupo Socialista, señor Berenguer Fuster (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 143, 24 de marzo de 1.984, pág. 4649

la hora de excluirlo de la consideración de derecho fundamental”⁶⁰. Ahora bien, el hecho de ser calificados así por estar en determinado lugar dentro de la Constitución no significa que la calificación ni su encuadre formal otorgue la condición de derecho fundamental. Además, utilizando esa misma lógica, el hecho de que se le reconozca la protección máxima que supone el recurso de amparo, debería, en igual medida, considerarse determinante para considerarlo como derecho fundamental. Por otro lado, tampoco está dentro de la meritada sección el art. 14 y difícilmente podemos negarle la naturaleza de fundamental. Establece Perez Royo que “derechos fundamentales son, por tanto, todos los derechos contenidos en el Capítulo II, incluido por supuesto el principio de igualdad del artículo 14 CE, que no figura en la Sección Primera y de cuyo carácter fundamental difícilmente se puede dudar. Ahora bien, ello no quiere decir que tengan el mismo estatuto constitucional”⁶¹, aunque comparta la misma naturaleza. El artículo 14 y el art. 30 respecto a la objeción de conciencia regulan “derechos sustancialmente fundamentales con un plus parcial de fundamentalidad”⁶².

“b)... ‘porque no todas las repercusiones del deber de conciencia tienen por qué tener ese mismo tratamiento y carácter’;”. Por lógica no toda manifestación de la libertad de conciencia puede entenderse como derecho, pero cuando la manifestación es precisamente la esencia del comportamiento y conducta de una persona, como lo es la del objetor de conciencia que se comporta según su conciencia, no estamos ante una actuación o representación sino ante la persona misma y su desarrollo. Es una proyección más que relevante de la libertad de conciencia y prueba de ello es que se le reconoce expresamente la protección del recurso de amparo.

“c) que no basta con la declaración para que se reconozca el derecho, porque puede colisionar con los intereses de la organización militar del Estado;”. No son los intereses de la organización militar los límites de un derecho ni el bien que se tutela frente a la objeción, y si bien es cierto que puede colisionar con otros elementos del ordenamiento, también lo es que esos elementos son límites del derecho pero no su total negación. Como se señaló, no se trata de la declaración del derecho, sino de la ponderación de los efectos que puede producir el ejercicio del derecho.

Y “d) porque si se reconociera el derecho con la simple declaración individual se podría ‘abrir un portón excesivamente amplio por el que quedarán exentos de realizar las obligaciones militares un buen número de personas que no son auténticos objetores de conciencia’”. Posible, pero el mero hecho de que exista un objetor de conciencia ‘no auténtico’ no puede traer como consecuencia la no protección del derecho del ‘auténtico’, más cuando es fácil acudir a procedimientos de verificación de la falsedad o no del objetor de conciencia. La mera suposición de la posible utilización del fraude no es justificación suficiente para negar la viabilidad de un derecho.

⁶⁰ ESPÍN TEMPLADO, E. (1991): *Derecho Constitucional. Volumen 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 163-164.

⁶¹ PÉREZ ROYO, J: *Derecho Constitucional*, Marcial Pons..., pág.240.

⁶² PÉREZ ROYO, J: : *Derecho Constitucionale*, ob.cit. pág. 242.

2) De otro, jurisprudencialmente, la conocida postura del Tribunal Constitucional a partir de las sentencias de 27 de febrero de 1987; subrayando los elementos de la necesidad de ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución) y la protección mediante recurso de amparo, los cuales, desde mi punto de vista, se establecen como elementos accesorios, no constitutivos, del derecho fundamental, y cuyo origen está en la necesaria mayor protección que deben gozar estos derechos, precisamente por su contenido primordial en nuestro sistema jurídico. Mayor protección que sirve para indicar que estamos ante un derecho diferente a los demás, sobre todo en lo que concierne a su tutela a través del recurso de amparo, esto es, la tutela que se brinda al sujeto porque el contenido de ese derecho es algo esencial para su desarrollo; mas también en la necesidad de ley orgánica⁶³, pues esta viene condicionada por el derecho fundamental y no al revés, de tal manera que si un derecho fundamental no es regulado por ley orgánica este no perderá esa naturaleza, sino que existe un error en su regulación, en todo punto subsanable.

Para el Tribunal Constitucional “los derechos fundamentales y libertades públicas, a que se refiere el art. 81.1 de la Constitución, son solamente los comprendidos en la sección 1ª del Capítulo segundo del Título primero de su texto”; sin embargo, a mi parecer no sólo son derechos fundamentales los que se encuentran encuadrados en esa sección, sino que también la Constitución regula derechos fundamentales fuera de ella y les concede la misma protección e incluso mayor relevancia, como es el regulado en el art. 14 de nuestra Constitución. “En consecuencia, por la vía del recurso de amparo tan sólo puede solicitarse la reposición o restablecimiento de los derechos fundamentales señalados en el art. 53,2º de la Constitución”⁶⁴

Ese contenido imprescindible es independiente de la forma en que el ordenamiento jurídico lo reconozca y lo proteja, pues el derecho fundamental existe y tiene su autonomía, si bien su real eficacia dependerá de cada uno de los momentos en que se manifieste. No obstante, tomando como premisas los concienzudos estudios sobre los derechos fundamentales podemos comprobar como los fundamentos de todo derecho fundamental se encuentran también en el derecho a la objeción de conciencia, a saber:

⁶³ Art. 81.1 de la Constitución determina que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, V. Y CASCAJO CASTRO, J.L.(1988) *El recurso de amparo. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, 2ªEd., pág. 99. De igual forma establecen estos autores al tratar el ámbito de aplicación del recurso de amparo que “no todos los derechos subjetivos públicos pueden hacerse valer a través del recurso de amparo, sino tan sólo los preestablecidos en el art. 53,2º de la Constitución, esto es, el principio de igualdad (art. 14), el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2) y todos los recogidos en la sección 1ª del capítulo 2º, del Título 1 de la Constitución (art. 15-29)... La instauración, sin embargo, de todo este catálogo de derechos fundamentales, como objeto procesal del recurso de amparo...” (pág. 97-98).

Primero, que “los derechos fundamentales se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derecho (lo hacen) a través del Estado”⁶⁵. Y segundo, “son: 1) una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica...

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y , por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos...

3) Los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad”⁶⁶.

4) Puede ser ejercido con carácter general.

5) Se encuentra dentro del marco constitucional y por tanto su concepto también está constituido por determinados límites, a saber: “los límites jurídicos de los derechos fundamentales pueden ser límites del sistema jurídico en general, del subsistema de los derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general, o también los del caso concreto que serían no tanto límites al derecho, sino a su ejercicio”. No obstante, el límite origen de los demás es el orden público constitucional (art. 16.1 de la Constitución⁶⁷).

En el juego de los meritados límites, tenemos, clasificándolos en materiales y formales: A) Dentro de los primeros: a) “la moralidad que se positiviza y que marca el horizonte ético del ordenamiento,... los valores superiores del art. 1.1”⁶⁸ de nuestra Constitución;

b) “los llamados bienes constitucionales. Estamos en el ámbito del Ordenamiento jurídico de un sistema político democrático y los derechos deben ser valorados, como situados en ese conjunto y consiguientemente están condicionados por la existencia de esos bienes constitucionales, que si resultan de igual o superior rango, limitan a los derechos cuando deriven de ellos soluciones contradictorias. Entre estos... se pueden señalar la dignidad de la persona, la salvaguarda del orden político y la paz social, o el

⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1995): *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

⁶⁶ *Ibidem*, pag. 109-112

⁶⁷ Art. 16 de la Constitución 1978 señala: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*,..., ob. cit. pág. 591.

libre desarrollo de la personalidad”⁶⁹. Consecuentemente, esta posibilidad debe conducir a la ponderación de los elementos enfrentados y determinar cual debe prevalecer;

c) el derecho ajeno.

Esto significa, al igual que el límite anterior “la ponderación entre derechos, en el marco de una interpretación sistemática de la Constitución ...para establecer, el derecho preferido en el caso concreto... Así deben prevalecer aquellos que protegen al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen a un sistema de derechos fundamentales”⁷⁰; y

d) respecto al ejercicio “lo que podríamos llamar límites subjetivos... el abuso de derecho, y la exigencia de buena fe en su ejercicio”⁷¹.

En cuanto a los límites formales, sin perjuicio de lo señalado para los considerados elementos accesorios: la necesidad de regulación por Ley⁷², y particularmente por Ley Orgánica y la tutela a través del recurso de amparo, también lo son los jueces, quienes detentan la facultad de ponderar, valorar y determinar la preferencia de un derecho sobre otro.

De esta forma, la consideración del derecho a la objeción de conciencia dentro de los mencionados parámetros delimitadores obliga a señalar su perfecto encuadre; así: la objeción de conciencia hoy es algo más que una pretensión moral justificada y una realidad social actuante, ya que no sólo existe una concienciación y reconocimiento como derecho sino que es imposible coherentemente separarlo de la libertad de conciencia y por ende del libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana -límite de nuestro ordenamiento-.

5. Conclusiones

El derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental no está incorporado expresamente a norma alguna (como tampoco lo está el contenido del art. 14 de la Constitución), pero su contenido y su protección no permite otra conclusión que la de que estamos ante un derecho fundamental. Sin perjuicio de que también lo es la libertad ideológica, religiosa... que son 'matriz y nodriza ética de la objeción de conciencia' y su casuística, concretamente en lo referente al servicio militar, gozando de la mayor garantía y protección que concede nuestra Constitución. Y si bien, se defiende su no

⁶⁹ *Ibidem*, pag. 592-593.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 594-595.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 605.

⁷² Art. 53-1 de la Constitución de 1978 establece que “Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”

reconocimiento, precisamente porque podría justificarse la posibilidad de negación y desobediencia al Derecho; sin embargo, esta posibilidad es más que remota cuando se establecen, al menos, los mismos límites que sujetan a todos los demás derechos y libertades fundamentales. La objeción de conciencia es un “derecho subjetivo, libertad, potestad que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”⁷³.

6. Bibliografía

- BERTOLINO R. (1967) *L’Obbiezione di Coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*. Giappichelli.Turín.
- CAMARA VILLAR. *La Objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)* Civitas.
- CONTRERAS MAZARIO (1993) *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral critica en la aplicación del derecho* Universidad Carlos III de Madrid: Madrid.
- ERICH FROMM, (1985) *El miedo a la libertad*. Planeta Agostini.
- ESCOBAR ROCA (1993) *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- ORTEGA Y GASSET. *Historia como sistema*, VI.
- ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*.
- GANDHI (1988) *Todos los hombres son hermanos*. 10ªed. Ed.Atenas, 1988.
- GASCÓN, MARINA Y PRIETO (1988-1989) “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional” en *Anuario de Derechos Humanos*, 5. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid.
- GASCÓN ABELLAN (1990) *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia*. Centro de estudios constitucionales. Madrid.
- GIUSEPPE CAPOGRASSI (1961) *La ambigüedad del derecho contemporáneo*.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ (1989): *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- NAVARRO VALLS (1993) “Ley, Jurisprudencia y Objeción de conciencia”, *Tapia* nº 69, Diciembre.
- OLIVER ARAUJO (1993). *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas.
- PECES-BARBA (1988) “Desobediencia civil y objeción de conciencia” *Anuario de Derechos Humanos*, 5.
- ROUSSEAU J.J. *El contrato social*. Edicomunicación S.A.

⁷³ PECES BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales...ob. cit.* pag.468-469, establece un concepto de derecho fundamental desde el punto de vista subjetivo.

- STEIN, E.(1973) *Derecho político* (1071), trad, de F. Sáinz Moreno, Madrid, Aguilar.
- STUART MILL, J. (1993)*Sobre la libertad*. Alianza Editorial. 9ª reimpresión.
- THOREAU, H.D. (1995) *Sobre el deber de la desobediencia civil*. Ed. Iralka. San Sebastian.
- KELSEN, H. (1993): *Teoría General. del Derecho*, 7ª ed. Ed.Porrúa, S.A. México.
- RUIZ MIGUEL, (1986-1987). “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm.4
- SENDRA G.Y CASCAJO CASTRO (1988) *El recurso de amparo. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos.

EL DISEÑO POR COMPETENCIAS EN EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL.

ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA
Profesora Colaboradora Doctora
Área de Derecho y Factor Religioso

alinanuma.es

Universidad de Málaga.

Resumen: La plasmación en nuestro sistema educativo universitario del Espacio Europeo de Educación Superior -en un periodo de tiempo relativamente corto-, exigió una profunda reflexión, no sólo sobre la estructura y contenidos de los títulos y materias a impartir, sino también una renovación sustancial de las metodologías docentes que venían siendo utilizadas tradicionalmente por el profesorado universitario. El nuevo sistema, ahora centra su interés en “el proceso de aprendizaje del estudiante”, concebido como un proceso dinámico y continuo de conocimientos, habilidades, actitudes y responsabilidades, que han de poder ser evaluadas y medidas para mostrar los resultados de los aprendizajes de un programa educativo. Por ello, para adaptarse al inédito panorama que se abría ante nosotros, la educación a partir de ese momento, se organiza para la adquisición de aquellas competencias que, se entienden son imprescindibles para conseguir una formación integral del estudiante, que le faculte para el buen desenvolvimiento de su actividad profesional en un mercado laboral transnacional cada vez más competitivo. No obstante, al tratarse de un asunto complejo su andadura ha encendido un acalorado debate en la propia comunidad universitaria, principalmente centrado en esclarecer cuál es el papel que en su esencia la Universidad está llamada a desempeñar como institución. Y, sobre todo, a dilucidar y constatar si los resultados conseguidos en -unos pocos años con la modificación de las metodologías docentes- han sido realmente tan positivos como se esperaba. De ahí, que algún sector del profesorado haya expuesto la conveniencia de que los nuevos métodos docentes sean continuamente supervisados para asegurar que su aplicación se efectúe de manera coordinada y proporcionada que evite, que en la práctica, un aumento de la adquisición de una serie de habilidades y competencias del alumnado pueda ocasionar una alarmante disminución del necesario nivel de sus conocimientos técnicos.

Palabras clave: convergencia Europea, enseñanza universitaria, Espacio Europeo de Educación Superior, competencias, competencias genéricas, competencias específicas, innovación educativa, proceso educativo.

Abstract: Translating our university education system in the European Higher Education Area , in a relatively short - time, it was required a careful consideration, not only on the structure and content of the titles and subjects to be taught, but also a substantial renovation of the teaching methodologies that were being traditionally used by the university teachers . The new system now focuses his interest in "the process of student learning," conceived as a dynamic and continuous process of knowledge, skills, attitudes and responsibilities , which must be able to be assessed and measured to show

the learning outcomes of an educational program. Therefore, to accommodate the unprecedented panorama that opened to us, education from that moment, is organized to acquire those competencies that are considered to be essential for comprehensive training of the student, authorizing him to good development of his profession in an increasingly competitive transnational labor market. However, as this is a complex issue his career has ignited a heated debate in the university community, mainly focused on clarifying what kind of role that the University, in its essence, is to play as an institution. And above all, to elucidate and determine whether the results achieved in a few years, with have really been as positive as expected, thanks to the modification of teaching methods. Hence, a segment of teachers has exposed the desirability of new teaching methods are continually monitored to ensure that his application in a coordinated and proportionate manner that avoid, in practice, an increase in the acquisition of a serie of skills and competencies of students is able to cause an alarming decrease in their required level of expertise.

Keywords: European convergence, university education, European Higher Education, skills, generic skills, specific skills, educational innovation, educational process.

Sumario: 1.Planteamiento. -2. El marco jurídico actual español.-3.Las competencias en Espacio de la Educación Superior Europea. 4. Razones que aconsejan que la formulación de las titulaciones en el EEES sean definidas en función de las competencias.- 5 .Conclusiones.- 6. Bibliografía.-

1. Planteamiento.

La iniciativa llevada a cabo por la ya famosa “Declaración de la Sorbona” (1998)¹ que subrayaba el papel fundamental de las universidades en el desarrollo de las dimensiones culturales europeas, se inclinó a favor de la creación de una zona Europea dedicada a la Educación Superior, donde las identidades nacionales y los intereses comunes pudieran relacionarse y reforzarse para el beneficio de Europa, de sus estudiantes y en general de sus ciudadanos. Declaración, que un año más tarde, sería refrendada por los Ministerios de cada uno de los países miembros de la Unión Europea con la firma de la Declaración de Bolonia (1999)². El mismo objetivo tuvo el Consejo Europeo de Lisboa (2000)

¹ Aunque, estas orientaciones ya fueron planteadas con anterioridad en el informe -coordinado por Jacques Delhors- denominado “La educación encierra un tesoro” presentado a la UNESCO de la Comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI, en el que se ponían de manifiesto los pilares sobre los que era necesario construir un sistema educativo para que fuera plenamente eficaz, como:

- Aprender a conocer, lo que supone la transmisión de los conocimientos del profesor al alumno.
- Aprender a hacer, incidiendo en el aspecto práctico de la enseñanza.
- La necesidad de aprender a ser capaces de desarrollar proyectos comunes.
- Aprender a ser, resaltando la importancia del aprovechamiento de las distintas cualidades del estudiante y ayudándole a su formación integral como persona y ciudadano. En línea <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590so.pdf> (consultado el 10 de enero de 2014).

² La Declaración de Bolonia la firmaron 29 países de la Unión Europea, del Espacio Europeo de Libre Comercio y países del este y del centro de Europa. Más tarde, la Declaración se complementó con otras posteriores de Rectores (Salamanca 2001), estudiantes (Goteborg y Praga 2001) y de Ministros (Berlín 2003, Bergen 2005 y Londres 2007), que han ido dando forma concreta a este proceso. En la Conferencia de Ministros de Educación Superior celebrada en Bergen 2005, cuarenta y cinco países ratificaron el compromiso de Bolonia con el firme propósito de la implementación del Espacio Europeo de Educación Superior en el 2010, en conexión con el espacio Europeo de Investigación

después, confirmado en el Consejo Europeo de Estocolmo (2001), de convertir la Unión Europea en la sociedad basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. Este hecho, supuso la puesta en marcha de un mecanismo dirigido a fomentar la convergencia y armonización entre los distintos sistemas nacionales de Educación Superior Europeos universitarios (EEES) en el que tomando como referencia los principios de Calidad, Movilidad, Diversidad, Competitividad y Orientación se pudieran alcanzar objetivos estratégicos como: incrementar el empleo de UE y convertir al sistema Europeo de Enseñanza Superior en un foco de atracción para profesores y, sobre todo para estudiantes de otras partes del mundo al hacerlo *coherente, compatible y competitivo*³. Sin duda, dicho sistema ha requerido un importante cambio en la actual filosofía de la enseñanza universitaria que a partir de ese momento quedará sustentada sobre las bases siguientes:

- Un sistema legible, transparente y comparable de los títulos.
- Una estructura de estudios en dos niveles común a todo el espacio europeo.
- Un sistema de créditos y de suplemento al título de estructura común al espacio europeo.
- Una promoción de la movilidad y de la cooperación europea en materia de evaluación y de control de la calidad docente.
- El desarrollo de títulos conjuntos en el ámbito europeo.
- Un claro impulso a la formación continuada.
- La implicación de los estudiantes no como clientes o usuarios, sino como participantes en el proceso.
- Impulsar el atractivo de la educación de la zona europea⁴.

Conscientes, de que los estudiantes necesitan y reclaman cursar titulaciones que les sirvan realmente para seguir estudios o ejercer una profesión en cualquier parte de Europa, todos estos objetivos fueron ampliamente estudiados y discutidos en la mayoría de los Estados de la Unión Europea y algunos países de América Latina con la intención

³ Dicha pretensión se quería lograr mediante la fijación de un Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS) como medio común de poder medir el esfuerzo de los estudiantes y con ello, la comparación y establecimiento de equivalencias (adoptar un marco de titulaciones compatibles y comparables), la variedad de programas y la cooperación interuniversitaria. Además, adoptar un sistema de evaluación de la calidad de la enseñanza y la investigación mediante el desarrollo de mecanismos de certificación y acreditación a través de agencias nacionales o autonómicas. Así, al establecer estructuras comunes necesariamente se garantiza iguales niveles de calidad (conforme a los estándares recomendados por la *European Association for Quality Assurance in Higher Education*).

⁴ Todo ello, conforme a las seis líneas de actuación determinadas en Bolonia a la que los ministros europeos de educación añadieron otras tres en la Conferencia celebrada en Praga en mayo de 2001, que eran:

1. Adopción de un sistema de titulaciones fácilmente reconocibles y comparables
2. Adopción de un sistema basado esencialmente en dos ciclos principales
3. Establecimiento de un sistema de créditos
4. Promoción de la movilidad
5. Promoción de la cooperación europea en el control de calidad
6. Promoción de las dimensiones europeas en la enseñanza superior
7. Aprendizaje permanente (lifelong learning).
8. Instituciones y estudiantes de enseñanza superior
9. Promover la atracción del Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

de poder llegar a la tan deseada "armonización"⁵. Y, la consiguiente interacción utilizada entre tales sistemas educativos por las distintas normativas nacionales, que sucesivamente se ha ido promulgando por los diferentes Estados, han dotado de una dimensión y de una agilidad sin precedentes al proceso de cambio emprendido por las universidades europeas.

2. El marco jurídico actual español en materia educativa universitaria.

Ya muy próxima a la fecha prevista por la citada Declaración (año 2010) para poner en práctica la plena consecución de estos objetivos, el sistema español, habían ido dando importantes pasos hacia la convergencia europea mediante la sucesiva adopción de normativas puntuales en este sentido⁶. Sin embargo, adolecía de un adecuado marco legal en el de una manera integral sustentara -con debidas garantías- esta naciente construcción. Por ello, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades vino a establecer un entramado más idóneo sobre el que poder basar esta profunda modernización de la Universidad española. Así, entre otras importantes novedades, observamos como el nuevo Título VI de la Ley estableció una nueva estructuración de las enseñanzas y títulos universitarios oficiales para poder reorientar, con el debido apoyo normativo, el proceso anteriormente citado con los principios surgidos de este moderno Espacio Europeo de Educación Superior.

A esta misma finalidad, respondió el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre⁷ que adoptaba unas medidas que, -como él mismo indicaba- además de ser compatibles con el Espacio Europeo de Educación Superior, "flexibilizando la ordenación de las enseñanzas universitarias, promoviendo la diversificación curricular y permitiendo que

⁵ Reuniones del "Proyecto Tuning Europa América Latina", llevadas a cabo en Buenos Aires, Argentina, Marzo 2005, Belo Horizonte, Brasil, Agosto 2005, San José de Costa Rica, Febrero 2006, Bruselas, Bélgica, Junio 2006 y México, Febrero 2007.

⁶ Así, este proceso de cambio se había iniciado ya con Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), y el Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, que establecía las directrices generales de los planes de estudios universitarios. Y, de forma concreta, el R.D. de 1987, pretendía una mejor estructuración de los estudios universitarios establecido mediante dos ciclos, que permitiera dotar de una mayor flexibilidad a los estudios universitarios y al estudiante universitario adecuar su curriculum a las cambiantes necesidades sociales y laborales de su entorno. Más tarde otras como:

-Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

-Real Decreto 1044/2003, de 1 de agosto, por el que se establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al Título. De modo que el mencionado Suplemento permite, a pesar de la divergencia existente entre los modelos universitarios de los diferentes países europeos, que los conocimientos y capacidades adquiridas sean reconocidos académicamente en toda Europa, así como profesionalmente al ser conocidos por los potenciales empleadores (art. 3).

-Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

-Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior.

⁷ Tiene por objeto desarrollar la estructura de las enseñanzas universitarias oficiales, de acuerdo con las líneas generales emanadas del Espacio Europeo de Educación Superior y de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior.

las universidades aprovecharan su capacidad de innovación, sus fortalezas y oportunidades”. Por tanto, la *flexibilidad* y la *diversidad* son los elementos sobre los que descansa la propuesta de esta ordenación de las enseñanzas oficiales como un instrumento de respuesta ágil a las demandas de la sociedad en un contexto abierto y en constante evolución.

Efectivamente, esta norma, siguiendo los principios establecidos por la mencionada Ley, profundizó en cuestiones tan sustanciales como: la concepción y expresión de la autonomía universitaria, de modo que -en lo sucesivo- serían las propias universidades las que crearían y propondrían, de acuerdo con las reglas establecidas, las enseñanzas y títulos que hayan de impartir y expedir, sin estar sujetas a la existencia de un catálogo previamente establecido por el Gobierno, como hasta el momento era obligado. De igual manera, esta nueva organización de las enseñanzas universitarias, ha supuesto no sólo a un cambio estructural, sino que además ha impulsado la renovación de las metodologías docentes, que centra su objetivo en “el proceso de aprendizaje del estudiante” y en un contexto que se extiende ahora a lo largo de la vida. Por tanto, en el intento de conseguir resultados que fueran acordes con las exigencias de este nuevo panorama que se abría ante nosotros, se hizo patente la ineludible necesidad de efectuar una transformación significativa en las metodologías docentes -que hasta el momento- venían siendo utilizadas por el profesor universitario para llegar a la consecución de los objetivos marcados.

Y, en este sentido conviene recordar lo que se acordó -en su momento-⁸ en distintas Asambleas de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades españolas en relación al diseño del Grado en Derecho en las que para el reconocimiento del Grado en Derecho establecían que tenían que cumplirse varias condiciones:

a) Permitir al alumno no sólo obtener conocimientos, sino también competencias y habilidades que como mínimo serían las siguientes:

- Conocimiento sustancial de las reglas y principales instituciones legales, así como procedimientos del sistema.
- Conocimiento de sus elementos básicos
- Conocimiento de los elementos básicos del contenido del programa Máster que se haya propuesto. En este modelo, el profesor asume el papel de facilitar el conocimiento al alumno, y cada alumno al mismo tiempo es gestor de su propio aprendizaje. Con ello esta propuesta se trataba de proporcionar al alumno:
 - Destrezas para la búsqueda de información
 - Criterios de selección del conocimiento
 - Habilidades de evaluación de los datos
 - Capacidades organizativas y de gestión crítica del conocimiento

⁸ En distintos momentos, se han elaborado propuestas de materias, contenidos y secuenciaciones que se tomaron en cuenta en el momento de redactar la propuesta del diseño del título de grado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Así, son de destacar, por ejemplo, los trabajos en la Universidad Miguel Hernández, los días 2 y 3 de febrero de 2006. Más tarde, en la XIII Conferencia celebrada en Zaragoza los días 22 y 23 de mayo de 2007, la propuesta de la Comisión Delegada de la Asamblea de Decanos de 3 de julio de 2007, y los trabajos de la XIV Asamblea de Decanos celebrada en Córdoba los días 25 y 26 de octubre de 2007, así como de la XV Conferencia, celebrada en Oviedo los días 8 y 9 de mayo de 2008.

Más tarde, en Universidad de Zaragoza el día 3 de julio de 2007.

- Técnicas de estudio individual
- Habilidades de pensamiento crítico
- Discusión colectiva del conocimiento
- Técnicas de investigación
- Oratoria y técnicas de argumentación

b) Igualmente, al objeto de fomentar el estudio independiente del alumno, se potenciará la:

- Realización de las tareas prescritas por el profesor
- Elaboración personal de trabajos
- Realización de prácticas
- Trabajo en equipo
- Síntesis personales sobre contenidos diversos
- Lectura de libros y material de apoyo
- Asistencia y participación en seminarios

3. Las competencias en Espacio de la Educación Superior Europea.

El Espacio Europeo de Educación Superior ha supuesto que las universidades conscientes de cuáles son las exigencias demandadas por la sociedad y el mercado laboral hayan puesto en marcha un servicio de capacitación de profesionales y ciudadanos ajustado a la realidad actual. Por ello, para renovación del sistema de enseñanza-aprendizaje en la Educación Superior asumen el compromiso de considerar los títulos académicos en términos de resultados del aprendizaje y, particularmente en términos de diseño por competencias como eje de la política curricular. El enfoque competencial ofrece un lenguaje común a nivel internacional, para definir los perfiles académicos y profesionales. Pues bien, esta ordenación por competencias, definidas como: “una combinación dinámica de atributos, en relación a conocimientos, habilidades, actitudes y responsabilidades, que describen los resultados del aprendizaje de un programa educativo o lo que los alumnos son capaces de demostrar al final de un proceso educativo”⁹, se deslindan en: *genéricas* de carácter transversal¹⁰ que pueden ser comunes a toda titulación, o al menos a la mayoría de ellas y competencias *específicas* a cada área temática o a cada campo de estudio entre las que se distinguen: instrumentales¹¹, interpersonales¹² y sistémicas¹³ (que incluyen las destrezas y el

⁹ Se han dado muchas definiciones de competencias. En este caso, aportamos la que ofrece el Proyecto Tuning que nos parece que es muy acertada y clarificadora.

¹⁰ Son la base común de competencias que se comparten dentro de un campo de conocimiento y/o desempeño profesional. En este grupo de competencias se distinguen el trabajo en equipo, la resolución de problemas, el análisis crítico, la interacción personal y social.

¹¹ Entre ellas se incluyen: Habilidades cognoscitivas (de comprender, reflexionar); capacidades metodológicas para adaptarse a la situación concreta (tomar decisiones, organizar el tiempo); destrezas tecnológicas (en la utilización de maquinarias, equipos informáticos, etc.); destrezas lingüísticas (comunicación oral y escrita, dominio de otros idiomas).

¹² Son capacidades que permiten mantener una buena relación social: Trabajo en equipo de carácter interdisciplinario, razonamiento crítico, compromiso ético, reconocimiento de la diversidad y multiculturalidad, negociación y auto-motivación

¹³ Están relacionadas con la gestión de la totalidad de la actuación (permiten obtener una visión de conjunto): Adaptación a nuevas situaciones, creatividad, liderazgo, iniciativa y espíritu emprendedor, preocupación por la calidad, sensibilidad frente temas medioambientales, gestión de proyectos, gestión por objetivos, etc.

conocimiento)¹⁴. De tal manera, que esto poseen la ventaja de permitir una mayor flexibilidad y autonomía en la construcción del currículo.

Y, esta necesidad de formular estos propósitos del aprendizaje en términos de diseño por competencias, nos ha obligado a realizar cambios significativos en los planes de estudios de las distintas titulaciones, en sus programaciones docentes, metodologías didácticas, recursos materiales utilizados en la actividad docente y, primordialmente en algo tan importante como es la forma en que llevamos a cabo el seguimiento del aprendizaje del alumno/a y lo evaluamos. Y, si bien es cierto, que tal cambio era necesario, ya que hoy día no se puede concebir la tarea docente como la mera impartición de las clases magistrales (aunque tampoco haya que dejarlas totalmente de lado), también es algo indiscutible que el asunto ha resultado un tanto complejo, principalmente, porque el término “competencia” posee un significado polisémico (sobre el que se han dado múltiples definiciones, características, tipologías) que se presta a múltiples interpretaciones y matices al poder puede ser enfocado desde distintas perspectivas (desde el mundo laboral o desde el ámbito de la educación) posiciones ideológicas y bajo diversos modelos. Esta circunstancia, en la práctica generó algunas controversias entre todos los sectores implicados en la cuestión educativa especialmente, entre el profesorado universitario que parecía encontrarse dividido a grandes rasgos en dos amplios sectores:

Una parte, que desde el primer momento, manifestó abiertamente su desconfianza y escepticismo hacía el nuevo sistema, quizás por haber ya vivido la experiencia de otras reformas educativas anteriores en el tiempo que no llegaron a consolidarse o resultaron fallidas. Algunos pensaban que se trataba tan sólo de simples cambios de terminología, pero nunca de cambios en las prácticas educativas ni de las estructuras organizativas. Otros, llegaban a poner en cuestión, cualquier intento de las universidades por captar las demandas de la sociedad, que consideran más bien como un claro exponente de retroceso en la *autonomía y la calidad* del trabajo universitario que deja ya de ser un bien cultural para convertirse en un bien económico. Además, de poner en entredicho el mismo concepto de competencia que va orientado a dominar la realidad actual que a reflexionar sobre la misma¹⁵. E incluso, se llegaron a plantear el hecho de si realmente merecían la pena esos cambios en el aula que no respondían a las verdaderas necesidades y convicciones de los agentes educativos, -que como ha señalado un conocido estudioso del tema- sus detractores denominaban en tono sarcástico “enseñanza a la Boloñesa”¹⁶.

Otro sector del profesorado, (por fortuna mayoritario) que a diferencia del anterior, mostró gran interés y entusiasmo en poner en marcha un sistema que ofrecía la posibilidad de poner en marcha un nuevo espacio de reflexión sobre los procesos de diseño curricular, las prácticas de enseñanza y las formas de evaluación que tienen lugar

¹⁴ Vid. Proyecto Tuning y la clasificación de Bunk. Más reciente, es el Proyecto denominado REFLEX (2004-2007) del Programa Sócrates de la Unión Europea que sigue mostrando el mismo interés por el diseño competencial en la educación Superior

¹⁵ BARNETT, R. (2001). *Los límites de la competencia. El conocimiento, la educación superior y la sociedad*. Barcelona: Gedisa, pp.121-122.

¹⁶ POZO, J. I. / MONEREO C. “El espacio Europeo de Educación Superior ¿un cambio necesario?”, en *Psicología del aprendizaje universitario: la formación en competencias*. Madrid Ediciones Moratas, pp.9-10

en la universidad. Un proceso que partía de un paradigma diferente impulsado por factores socioculturales, epistemológicos y psicoeducativos, que implicaba la modificación sustantiva en el diseño curricular de las distintas titulaciones. Así, más que ser el resultado del sumatorio de conocimientos disciplinares fragmentados, se diseñaba a partir de un perfil holístico e integrador. Este profesorado ha sido copartícipe del desarrollo del nuevo modelo, porque se ha implicado y ha liderado el proceso de convergencia, mostrando su gran responsabilidad y compromiso en intentar que el proceso sea una realidad.

4. Razones que aconsejan que la formulación de las titulaciones en el EEES sean definidas en función de las competencias

Si bien, -como ya hemos apuntado- la concreción de qué debemos entender por competencia abrió un amplio debate en la comunidad universitaria al tratarse de un concepto complejo que se presta a múltiples interpretaciones y matices. No obstante, poco a poco ha ido despertando una progresiva aceptación y se ha generalizado su uso¹⁷.

Por ello, a pesar de que, todo proceso que supone innovación pueda originar algunos inconvenientes sin embargo, son muchas más las razones que se han esgrimido en favor y justificado los diseños por competencias, fundamentalmente:

En la actualidad estamos sumidos en un escenario multicultural, globalizado con un incesante desarrollo de tecnologías y, con ello, de nuevas formas de comunicación y relación. Vivimos en la sociedad de la información a la que podemos acudir de forma fácil y rápida. Sin embargo, en muchos supuestos esta información es de dudosa fiabilidad, contradictoria o difícilmente compatible. A ello, hemos de añadir la dificultad de que -con la misma celeridad toda la documentación recabada puede quedar obsoleta en un breve espacio de tiempo-¹⁸. Por ello, parece que lo más acertado puede ser no centrarnos únicamente en la búsqueda de información, sino más bien incidir en que esa avalancha de información pueda ser seleccionada, procesada y correctamente interpretada para generar el conocimiento necesario que pueda resolver las situaciones concretas que se puedan presentar. Tenemos pues, que ser capaces generar *nuevas estrategias, herramientas y habilidades* que permitan adaptarnos eficazmente a esto cambio. Y, precisamente, los diseños por competencias aspiran a alcanzar esta finalidad¹⁹. Por ello, dan prioridad a los *procesos del aprendizaje* para que los alumnos/as puedan adquirir amplias capacidades (de acuerdo con las competencias profesionales de su titulación que habrán sido previamente perfectamente definidas) que, les permitan resolver las diversas e imprevisibles situaciones cambiantes que se vayan presentando a lo largo de su futura vida profesional.

¹⁷V.V.A.A., (2009) *Desarrollo y evaluación de competencias en Educación Superior*. Blanco, A. (Coord.) Universidad Europea de Madrid: Narcea Ediciones, p.15- 17.

¹⁸DE MIGUEL DÍAZ, “Cambio de paradigma metodológico en la Educación Superior. Exigencias que conlleva”, en *Cuadernos de Integración Europea*, 2, 16-27. En línea: <http://www.cadernosie.info>

¹⁹ RUEDA BELTRÁN M. (2009). La evaluación del desempeño docente: consideraciones desde el enfoque por competencias. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 11(2). Consultado el día de mes de año, en: <http://redie.uabc.mx/vol11no2/contenido-rueda3.html>, p.3

En el contexto actual, ya no se funciona en torno a la clásica parcelación o división entre las asignaturas de una titulación, sino más bien en la búsqueda de un conocimiento integrado. De tal manera, que las competencias no se circunscriben ya a un área curricular concreta, sino que poseen un *carácter transversal* y orientado a lo interdisciplinar. Igualmente, los objetivos fijados en los programas de estudios son más dinámicos y flexibles. Además, la calidad de la enseñanza no depende tanto de lo que el profesor “sabe” como de lo que “planifica” como objetivos de la materia en función de las necesidades y posibilidades de sus alumnos y “lo que hace” para ofrecer a todos los estudiantes oportunidades para el aprendizaje”.

Las distintas competencias que se articulen deben contener un conjunto de conocimientos, habilidades y actitudes de índole muy diversa y no estrictamente de carácter cognitivo -que son las únicas que hasta el momento se habían tenido en cuenta- y, que sin duda, pueden ayudar de forma eficiente al alumno/a su necesidad de constante adaptación a una realidad cambiante. Con ello, se espera que el alumnado pueda adquirir una preparación efectiva y de calidad, principalmente en habilidades cognitivas y procedimentales para el desarrollo de investigación básica y aplicada que contribuya al desarrollo científico, social y económico del país. Si ello se logra, se contendrán las críticas de aquellos que desconfían de que los nuevos graduados de las respectivas titulaciones estén en condiciones óptimas para desenvolverse satisfactoriamente en los nuevos ambientes productivos de una sociedad postindustrial.

Los diseños por competencias permiten aglutinar los saberes tradicionalmente considerados “académicos” con una orientación más “pragmática” que enseñe al alumno/a tomar decisiones, a asumir responsabilidades, a organizar sus tiempos para realizar su trabajo tal y como les va a requerir el ejercicio de la profesión en un futuro inmediato²⁰. Supone una nueva manera de afrontar la docencia universitaria orientada a presentar públicamente lo que deben hacer los profesionales competentes y lo que se espera de ellos, facilitan metas más claras para los formadores y clarifican las expectativas a los que se inician en la carrera académica.

5. Conclusiones

Conforme, con lo que hemos apuntado, debemos concluir que recibir formación mediante el “diseño por competencias” es una necesidad que responde a varios factores: a una transformación del modelo de sociedad, a las propias propuestas desarrolladas por los profesores comprometidos en reflexionar, innovar y mejorar su labor como docentes y a las demandas de un alumnado preocupado en poder seguir estudios o ejercer una profesión sin ninguna traba en cualquier parte de Europa. No obstante, tampoco podemos olvidar, que este nuevo modelo educativo ha supuesto un gran desafío para nuestro sistema enseñanza, ya que a pesar de presentar grandes ventajas –anteriormente aludidas- también, en la práctica su puesta en escena conlleva algunos inconvenientes, que esperamos que en poco tiempo puedan ir superándose.

Por ejemplo, en una determinada titulación y en una determinada universidad, la elección de las competencias que se van a trabajar no es una cuestión que se deba ya dejar al arbitrio exclusivo de cada profesor/a, sino que tendrá que ser *articulado* y

²⁰ VVAA., “Buenas prácticas en la evaluación de competencias...op., cit, pp.15 a 18.

coordinado con el resto de las asignaturas de ese plan de estudios para conseguir que la secuencia de las mismas sea *coherente* y *progresiva*. Todo el equipo de profesores deberá responsabilizarse de la revisión de los objetivos del aprendizaje, de su evaluación y transparencia. Y, esta cuestión es difícil llevarla a cabo satisfactoriamente en un ámbito como el universitario en el que -todos sabemos- que algunas veces surgen problemas de discordancia, no sólo entre los profesores de una misma disciplina, sino también entre los restantes profesores que imparten otras materias de la titulación. Con frecuencia, muchos profesores desconfían de los grupos docentes, a los que ven como una amenaza a su autonomía o como un acto que atenta contra su *status quo*²¹. Por lo que, pienso que es indispensable seguir avanzando en la colaboración y el trabajo en equipo del profesorado (multidisciplinar) pieza clave en los nuevos métodos de innovación educativa. Por ello, puede resultar muy alentador comprobar como para fomentar esta cooperación en los centros se hayan puesto en marcha algunas estructuras que ayudan a gestionar este cambio, por ejemplo las figuras de los *coordinadores docentes* y las de *expertos en innovación educativa*.

Igualmente, el nuevo modelo ha supuesto un cambio de rol tanto para el docente como para el alumnado. El profesorado ya no tiene como única función transmitir conocimientos, sino otra que se considera ahora primordial -gestionar la información y guiar adecuadamente todo el proceso de aprendizaje de sus alumnos-. Con ello, se convierte en una pieza clave en orden a asegurar un apropiado nivel de calidad de todo el proceso de aprendizaje y evaluación del alumnado. Para ello, tendrán que facilitarles todas aquellas herramientas que consideren imprescindibles para que de *forma autónoma* puedan llevar a cabo su proceso de aprendizaje con avances relevantes y significativos que puedan utilizar dentro y fuera del aula. Debe quedarse en un segundo plano, expectante a sus necesidades para orientarles y ayudarles a superar los obstáculos con los que se encuentren en el camino. Con esta interacción, el docente cede así gran parte de la responsabilidad del proceso de aprendizaje al alumno que es el que debe asumir un papel más activo. Pero, cabría también formularse la pregunta ¿realmente, están preparados para recoger el testigo que los sitúa en el centro del proceso educativo? Esperamos que así sea.

Tampoco podemos olvidar que este nuevo marco educativo, ha desencadenado un aumento excesivo de su labor docente al tener que desdoblarse los grupos de alumnos (que no pueden ser tan numerosos acordes con las nuevas metodologías). Y ello, en muchas ocasiones, provoca que el profesor se encuentre totalmente abrumado en su quehacer diario por el abundante número de horas de clase que tiene que impartir, en la mayoría de los supuestos en distintos centros (con el problema añadido del desplazamiento entre centros distantes), con horarios complicados o muy ajustados en el tiempo, asistencia a numerosas reuniones y a constantes cursos de innovación educativa que le forme y ocasione un cambio real en su práctica docente, etc. Por ello, resulta paradójico y desconcertante comprobar el escaso reconocimiento que recibe la labor docente y los constantes esfuerzos del profesorado implicado en éste proceso por parte de la Universidad y las Administraciones públicas, que parecen hacer girar todo el peso específico de su actividad y del sistema únicamente en torno a la tarea investigadora.

²¹ Ávila Francés, M., (2009) “Implantación de ECTS en la .U de Magisterio de Cuenca” en *Buenas prácticas en la docencia y política universitaria*. Coord. Vicarro, C. Cuenca. Ed. Universidad de castila-la Mancha, p. 63.

Al mismo tiempo, surgen nuevas áreas de conocimiento transversales representativas de una visión más integradora de los saberes y ligada a la realidad actual. Pero, con el nuevo sistema el profesorado también se enfrenta al reto diario de tener que ponerse constantemente al día, llevando a la práctica los procedimientos necesarios para que los alumnos construyan su propio aprendizaje. Ello supone la exigencia de tener que contar con un currículo sumamente denso. Por ello, la experiencia resultará muy difícil, por no decir casi imposible al tener el profesional de la educación que pretender ser capaz de atender a tantos frentes abiertos. A ello, habrá que sumar el dato de que, a pesar de las buenas intenciones manifestadas, no siempre las políticas educativas seguidas en muchos países contribuyen a dotar a los profesores del apoyo e incentivos necesarios a su trascendental tarea²². Por tanto, pensamos que tan sólo la generosidad, el buen hacer y el *esfuerzo continuado y coordinado en la innovación* de toda la comunidad universitaria podrán lograr a corto plazo resultados positivos que, al hacerse palpables nos animen a seguir avanzando con esos vientos favorables hacia el destino trazado.

6. Bibliografía.

- ARISTIMUÑO, A. (2005). “Las competencias en la educación superior: ¿demonio u oportunidad?”, [en línea] http://academicos.iems.edu.mx/cired/docs/tg/macroacademiaquimica/Las%20competencias%20en%20la%20educacion%20superior.demonio%20u%20oportunidad_Aristimuno.pdf (consultada 15-01-2014).
- ÁVILA FRANCÉS, M. (2009). “Implantación de ECTS en la .U de Magisterio de Cuenca” en *Buenas prácticas en la docencia y política universitaria* (Coord. Vizcarro Guarch, C). Cuenca. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 55-70.
- BARNETT, RONALD. (2001). *Los límites de la competencia. El conocimiento, la educación superior y la sociedad*. Barcelona: Gedisa.
- BENITO, A./ CRUZ, A. (2005). *Nuevas claves para la docencia universitaria.*, Madrid: Narcea.
- BERNAD SEGARRA, L/ BUIGUES OLIVER, G. “Las nuevas metodologías en la enseñanza del derecho: una experiencia práctica en el campo del derecho romano” en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* Núm.9, enero 2014, pp. 89-112. [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>.
- DE MIGUEL DÍAZ, M. (2003). “Calidad de la enseñanza universitaria y desarrollo profesional del profesorado” en *Revista de Educación*. núm. 331, 13-34.
- EL MISMO. (2007). “Cambio de paradigma metodológico en la Educación Superior. Exigencias que conlleva”, en *Cuadernos de Integración Europea*, 2, 16-27. En línea: <http://www.cadernosie.info> (consultada el 20 de enero de 2014).
- BAIN, K. (2005). *Lo que hacen los mejores profesores de universidad*. (1ª ed. inglesa 2004. Traducido por Barberá, O.) Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- DELGADO GARCÍA, A.M./OLIVER CUELLO, R. (2003). *Enseñanza del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, Portal de la UOC, En línea: <http://www.uoc.edu>

²²García Matilla, A., “Educomunicación en el siglo XX”, en http://www.uned.es/ntedu/asignatu/7_Agutin_G_Matilla11.htm (consultada el 15 de enero de 2014).

- GARCÍA MATILLA, A. “Edu-comunicación en el siglo XX”, en http://www.uned.es/ntedu/asignatu/7_Agutin_G_MatillaI1.htm (consultada en 15 de enero de 2014).
- MIR ACEBRÓN, A. (2008) “Las competencias transversales en la Universidad de Pompeu Fabra: La visión de los docentes y estudiantes de segundo ciclo”, en *Revista de Docencia Universitaria*, Vol. 6, n. 1, pp. 1-16.
- POZO, J.I. / PÉREZ ECHEVERRÍA, M. DEL P. (2013). *Psicología del aprendizaje universitario: la formación en competencias*. Madrid: Ediciones Morata, S. L.
- RUEDA BELTRÁN, M. (2009). “La evaluación del desempeño docente: consideraciones desde el enfoque por competencias”, en *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 11(2). Consultado el 20 de enero de 2014, en: <http://redie.uabc.mx/vol11no2/contenido-rueda3.htm>.
- VILLA, A. / POBLETE, M. (2007). *Aprendizaje basado en competencias. Una propuesta para la evaluación de las competencias genéricas*. Vicerrectorado de Innovación y calidad con la colaboración del ICE de la Universidad de Deusto.
- V.V.A.A. (2009) *Buenas prácticas en la docencia y política universitaria*. (Coord. Vizcarro Guarch, C). Cuenca: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.
- V.V.A.A., (2009), *Desarrollo y evaluación de competencias en Educación Superior*. (Coord. Blanco, A.). Universidad Europea de Madrid: Narcea Ediciones.
- V.V.A.A., (2006), *Evaluación de las competencias en el Espacio de Educación Superior Europeo* (Coord. Delgado García, A.) Barcelona: Boch.
- YÁÑIZ ÁLVAREZ DE EULATE, C. “Planificar la enseñanza universitaria para el desarrollo de competencias” en *Revista Educatio Siglo XXI*. Vol. 24 (2006), pp.1-18.
- ZABALZA, M. A. (2002), *La enseñanza universitaria. El escenario y sus protagonistas*, Madrid: Narcea.
- EL MISMO. (2003). *Competencias docentes del profesorado universitario: calidad del desarrollo profesional*. Madrid: Narcea.

METODOLOGÍA DE LA ELABORACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DESDE UN ENFOQUE PRÁCTICO. EL VALOR DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL¹

MANUEL MORENO LINDE
Doctor en Derecho
Profesor colaborador de Derecho Administrativo

mmorenolinde@yahoo.es

Universidad de Málaga

Resumen: El presente trabajo pretende ser un análisis sobre la metodología de la investigación jurídica, realizado desde un enfoque práctico. En un ámbito de la investigación científica que se ha caracterizado tradicionalmente por tener una orientación esencialmente teórica, se estima conveniente un cierto cambio de perspectiva que oriente la investigación a la solución de los problemas reales que plantea la aplicación del Derecho. En este sentido, este planteamiento sitúa al problema como origen e hilo conductor de la investigación, de manera de que las conclusiones que se obtengan puedan constituir una respuesta real a los conflictos derivados de las instituciones jurídicas.

De conformidad con lo anterior, en el presente trabajo se analizan – con el referido enfoque práctico - las diferentes fases y elementos del trabajo de investigación jurídica, particularmente de las tesis doctorales. El artículo concluye con una referencia a la experiencia profesional como recurso de especial utilidad en la labor investigadora.

Palabras clave: Derecho – metodología jurídica – técnicas de investigación – experiencia profesional

Abstract: The present article intends to be an analysis of the methods of the legal research and it is made from a practical approach. In a scope of the scientific research, which is traditionally characterised by having an essentially theoretical orientation, some changes in the perspective are considered convenient in order to guide the investigation towards a solution of the real problems that the application of the law implies. In that sense, this approach places the problem as the origin and guiding force of the research, so the conclusions obtained can give a real answer to the disagreements originated by the legal institutions.

According to this, in the present work, the different stages and elements of the juridical research work are analysed, through the previously mentioned practical approach,

¹ El presente trabajo es el resultado de la constatación y análisis de nuestras primeras reflexiones sobre el tema, presentadas como comunicación científica al Congreso Internacional de la Sociedad Española de Estudios de la Comunicación Iberoamericana (SEECI) “Prospectiva en innovación y docencia universitaria”, celebrado los días 28 y 29 de abril de 2014 en la Universidad Complutense de Madrid.

particularly in the doctoral theses. The article concludes with a reference to the professional experience as a specially useful resource in the researching work.

Key words: Law –juridical methodology – research methods – professional experience

Sumario: 1. Introducción. 2. La delimitación del objeto de la investigación: la detección de un problema. 3. Las fuentes de información de la investigación jurídica. 3.1 Fuentes de información tradicionales: normas, doctrina y jurisprudencia. 3.2. Otras fuentes de información. 4. La organización de los materiales y la construcción del discurso. 5. La experiencia profesional como valor añadido e incluso como premisa de la investigación. Un ejemplo en los trabajos sobre Derecho Urbanístico. 6. Bibliografía.

1. Introducción

No cabe duda de que las técnicas y métodos de investigación constituyen un ámbito de estudio de sumo interés y un elemento esencial en la formación del investigador del Derecho. A esa idea responde la inclusión en el Plan de Formación de la Universidad de Málaga 2014-2015 de una acción formativa específica “*en docencia e investigación en ciencias jurídicas sociales*”².

El presente trabajo aborda el análisis de las técnicas de investigación jurídica, pero con una orientación que, en cierta medida, difiere de la que adoptan normalmente los trabajos de investigación jurídica, más práctica.

A este respecto, tradicionalmente, los resultados de la investigación del Derecho, particularmente las tesis doctorales, han venido caracterizándose por presentar un contenido esencialmente teórico, sobre todo cuando han versado sobre las instituciones jurídicas más clásicas. Consideramos, sin embargo, que la elaboración de las tesis doctorales jurídicas debe adoptar hoy una perspectiva diferente: el análisis de las instituciones jurídicas debe partir de la constatación de los problemas que su existencia y aplicación plantean en el mundo real, de suerte que de la investigación que se realice puedan extraerse conclusiones que faciliten alcanzar soluciones concretas y reales para tales problemas. Lógicamente, esta nueva perspectiva lleva aparejada la necesidad de contar con más recursos y de utilizar otras técnicas de investigación más allá de las tradicionales.

Así pues, el objeto primordial del presente trabajo es hacer una serie de consideraciones acerca de las técnicas metodológicas de la investigación jurídica desde un enfoque práctico, resaltándose particularmente la utilidad de la experiencia profesional como recurso a aplicar a la labor investigadora.

² Acción que se enmarca en el programa Formación en Centro (Facultad de Derecho), dentro del Plan de Formación del personal docente e investigación de la Universidad de Málaga 2014-2015. <http://www.uma.es/formacion/info/10797/plan-de-formacion-2014-2015/>.

2. La delimitación del objeto de la investigación: la detección de un problema

El punto de partida de la investigación ha de ser, a nuestro parecer, la detección de un problema jurídico al que se intentará dar una solución. El problema y la búsqueda de su resolución han de ser el hilo conductor que guíe la confección de la tesis doctoral en todas sus fases.

A este respecto, se ha señalado que en el campo del Derecho, las contradicciones que plantean problemas se pueden encontrar en diversos casos, entre los que cabe señalar: “1. Cuando la norma jurídica no concuerda con una necesidad según la valoración que hacemos de ésta; 2. Cuando dos o más normas jurídicas o cuerpos legales son incompatibles entre sí; 3. Cuando hay incompatibilidad entre dos o más posturas de la doctrina”³. A nuestro juicio, los problemas de los que partirá la investigación se hallarán siempre ligados a la aplicación de una norma o conjunto de normas o a la carencia de regulación de un conflicto apreciable en la sociedad que demanda una intervención normativa.

Evidentemente, para encontrar un problema jurídico, es necesario que en primer término se esté en disposición de llegar a él, que pueda sospecharse su existencia. Dicho de manera más clara, es preciso que se posea cierto conocimiento sobre la disciplina, en este caso jurídica, en la que vaya a enmarcarse el trabajo de investigación.

Ha de señalarse, no obstante, que la delimitación de un problema no ha constituido siempre el origen o el punto de partida de todo trabajo de investigación jurídica. En este sentido, lo habitual al iniciar una investigación jurídica ha sido seleccionar una concreta institución, por ejemplo, el acto administrativo sancionador, la usucapión de bienes muebles, etc. para abordar su estudio en profundidad.

Bien es cierto que con ocasión del estudio exhaustivo de las instituciones es posible enfrentar y buscar soluciones a los problemas que se vinculen a su funcionamiento, pero sin ser ese el objetivo último de la investigación. La metodología que pretende describirse aquí es diferente, en cierto sentido inversa a la tradicional: primero se localiza y delimita un problema, y a partir de ahí se aborda el estudio de las instituciones y figuras jurídicas vinculadas al mismo. Es decir, desde este punto de vista también van a analizarse con detalle las instituciones jurídicas, pero siempre en conexión con un problema previamente definido. Se trata de un análisis instrumental del objetivo último de la investigación, que es proponer soluciones a dicho problema, hilo conductor de todo el trabajo que se desarrolle.

Esta diferente perspectiva plantea la necesidad, como se verá más adelante, de hacer uso de nuevas fuentes y recursos diversos de los tradicionales. Obviamente, también a estos últimos habrá de acudir, si bien siempre desde la óptica del problema respecto del que se aspira a proponer una solución.

³ AZÚA REYES, S.T. (1999) *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Editorial Porrúa. México, D.F., p. 8.

3. Las fuentes de información en la investigación jurídica

La tarea investigadora se desarrolla en diversas fases, entre las que se encuentra la denominada fase *heurística*, que alude a la labor consistente en acopiar y organizar la información precisa para alcanzar el nivel de conocimiento necesario sobre una determinada materia, que permita el desarrollo y reflexión sobre el tema objeto de la tesis doctoral y la obtención de las conclusiones oportunas.

Lo normal será, una vez trazado el plan inicial de trabajo, acudir en un primer momento a fuentes de información más generales para, una vez alcanzados los conocimientos más elementales, pasar a examinar fuentes más específicas, de las que se extraerá la información verdaderamente útil para el desarrollo del tema sobre el que verse la tesis. No obstante lo anterior, en función del grado de conocimiento previo que se tenga respecto del asunto objeto de estudio, será posible prescindir de aquellas fuentes más generales y centrarse desde el principio en las particulares o concretas.

Las fuentes de información o conocimiento de las que tradicionalmente se ha nutrido la investigación jurídica son las normas, la doctrina científica y la jurisprudencia. A ellas nos referiremos en primer lugar.

3.1 .Fuentes de información tradicionales: normas, doctrina y jurisprudencia

Las normas constituyen la primera y más importante fuente para la investigación jurídica. Entendida como proposición de naturaleza prescriptiva dirigida a ordenar el comportamiento humano, la norma – o en su caso, su ausencia - constituye el objeto capital de la investigación. Son las normas las que determinan, por estar dotadas de fuerza para obligar, la existencia de los conflictos, los problemas que ha de enfrentar el investigador. Tales conflictos pueden venir motivados por distintas razones. Así, por una deficiencia de la propia norma jurídica, que puede ir referida al contenido mismo de ella o a la técnica empleada en su redacción. Igualmente, los conflictos jurídicos pueden tener su origen en la aplicación que de ella vengán haciendo los órganos competentes para ello – aplicación o también inaplicación – sobre la base de la interpretación que vengán dando a la misma. E incluso los problemas pueden venir causados por la carencia de una norma para regular un conflicto social que demande una regulación. Lo que es claro es que el centro, el germen de un problema jurídico es siempre la norma jurídica o su inexistencia.

Así pues, toda investigación jurídica ha de sustentarse esencialmente en las normas jurídicas, sin perjuicio de recurrir a otras fuentes – a las que se irá haciendo referencia – imprescindibles para realizar un trabajo serio y riguroso. El Derecho es fundamentalmente el contenido de las normas, y por ello éstas constituyen la fuente más importante para la investigación jurídica.

Desde el punto de vista de la metodología de la investigación jurídica, las normas son consideradas fuentes formales, en tanto en cuanto, como se ha señalado, están dotadas de fuerza de obligar por mandato de un ordenamiento constitucional-legislativo⁴. Desde la óptica de las técnicas de documentación, las fuentes de información normativa pueden clasificarse en dos categorías: 1. Documentos normativos primarios,

⁴ AZÚA REYES, S.T. *Metodología...cit.* p. 31.

que son los que transmiten información esencialmente original. Se trata de los boletines y diarios oficiales. 2. Documentos normativos secundarios, que son fuentes de información derivadas de las primarias o que las describen. Son los repertorios en soporte de papel o en soporte automatizado, que publican los documentos originales, bien mediante referencias o bien en su integridad⁵. En relación con estas fuentes documentales, cabe hacer una serie de precisiones.

La publicación de las normas jurídicas en los diarios oficiales, además de ser un requisito necesario para que éstas comiencen a desplegar sus efectos, constituye una fuente de conocimiento de las mismas para los ciudadanos en general, y los operadores jurídicos en particular. Ahora bien, este último cometido es cumplido también, y de manera más eficaz, por los repertorios y recopilaciones normativas.

Recurrir a una u otra fuente documental puede resultar indiferente en el caso de que el trabajo de investigación se centre en una o en unas pocas normas bien identificadas. Pero si por el contrario la tarea investigadora exige la consulta de una multiplicidad de normas, en ese caso es aconsejable el empleo de los repertorios o recopilaciones normativas, siendo especialmente útiles a tales fines las bases de datos normativas, que facilitan enormemente la localización de normas mediante el empleo de muy diversos criterios de búsqueda.

Ha de tenerse presente, a este respecto, que en la realización de algunos trabajos jurídicos científicos se parte de cierto desconocimiento de la normativa que hay que utilizar. Es decir, no se trata ya de que el acceso a determinadas normas pueda resultar dificultoso, sino que es frecuente que éstas, al iniciar la tarea investigadora, ni siquiera hayan sido identificadas por el autor. En tal caso, es necesario desarrollar una labor de búsqueda de la normativa implicada en las cuestiones que van a ser abordadas, para lo que resulta imprescindible el empleo de bases de datos. Debe indicarse que las ediciones digitales de los boletines digitales incorporan ya bases de datos para la búsqueda de los actos que publican, incluidas las normas, lógicamente. No obstante, esas bases suelen ser más pobres, en cuanto a la inclusión de una diversidad de criterios de búsqueda, que las elaboradas por editoriales privadas, como por ejemplo Aranzadi – *westlaw* – o La Ley digital.

Por lo demás, esa necesidad a la que se acaba de aludir de realizar una labor de búsqueda e identificación de la normativa implicada en las cuestiones objeto de análisis, resulta especialmente importante cuando la tarea investigadora se desarrolla a partir de la identificación de un problema. En efecto, si el estudio se centra en una concreta institución jurídica, lo normal será que la normativa que la regula se encuentre ciertamente delimitada; y su identificación y acceso a ella, consecuentemente, resultará más sencilla que si, por el contrario, la investigación tiene su origen en la detección de un problema. En este último caso pueden ser diversas las instituciones conectadas con él y, por tanto, mayor el número de normas que haya de analizarse. Esto refuerza la necesidad de hacer uso de las bases de datos jurídicas para, mediante el empleo de los múltiples criterios de búsqueda, localizar toda la normativa relevante a los efectos de la tarea investigadora.

⁵ CRUZ MUNDET, J. R. y MIKALARENA PEÑA, F. (2006) *Información y documentación administrativa*. Tecnos. Madrid, p. 149.

Otra de las fuentes fundamentales para la investigación en Derecho es la Doctrina jurídica, entendida como el conjunto de opiniones, teorías y especulaciones de los expertos de la ciencia jurídica sobre las normas jurídicas y su aplicación.

La Doctrina jurídica ejerce un papel relevante en la formación del nuevo Derecho, siendo así que la creación de nuevas normas se apoya frecuentemente en las opiniones expresadas por los expertos de las diversas disciplinas jurídicas. Y asimismo, las consideraciones de los autores son ciertamente tenidas en cuenta cuando se plantean dudas sobre la interpretación y aplicación de las normas. Pero en todo caso, la Doctrina no tiene fuerza de obligar jurídicamente ni es por tanto una fuente directa del Derecho.

Las opiniones y consideraciones de la Doctrina que quedan recogidas en medios de difusión escrita integran la bibliografía jurídica. Ésta se compone fundamentalmente de los libros, los artículos de revistas jurídicas, las tesis y otros trabajos de investigación⁶.

Respecto de los libros, cabe diferenciar entre manuales y monografías. Los primeros serían los “*documentos didácticos que contienen las nociones esenciales de una ciencia, técnica o arte*”⁷. En Derecho, los manuales son especialmente abundantes. En cuanto a las monografías, han sido definidas como “*el estudio específico sobre un tema concreto dentro de una disciplina o materia, que agota dicho tema en sí mismo, es decir, que no tiene propósito de continuación e impreso en uno o muy pocos volúmenes*”⁸ Se corresponden, pues, con temas mucho más específicos que los abordados en los manuales.

La revista jurídica es “*una publicación en serie que trata generalmente de una o más materias específicas y contiene información general o información científica y técnica*”.⁹ Las revistas constituyen en sí un objeto de preferente de la documentación, también la documentación jurídica y, en este sentido, las revistas de contenidos científicos son consideradas como la principal fuente de información primaria en cuestión de ciencia.

Ha de señalarse que la localización de toda esta documentación a que se acaba de hacer referencia se ha visto enormemente facilitada por las bases de datos de revistas y documentos científicos elaboradas por instituciones públicas – así, por ejemplo, Dialnet – o privadas. Dentro de estas últimas pueden encontrarse un buen número de bases de datos especializadas en el campo jurídico, como La Ley Digital o Iustel.

La Doctrina recogida en la bibliografía jurídica ha constituido y sigue constituyendo una fuente de información esencial para la investigación jurídica. Todo trabajo científico-jurídico que pretenda unos mínimos niveles de calidad debe estar bien apoyado, ahora como antes, en la bibliografía jurídica existente sobre la materia objeto de investigación, pues las opiniones y consideraciones precedentes de los autores del Derecho son las que posibilitan, en buena medida, la reflexión propia y la consiguiente

⁶ MACIÁ, M. (1998) (editor) *Manual de documentación jurídica*. Editorial Síntesis. Madrid, p. 191.

⁷ CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. *Información...cit.* p. 71.

⁸ CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. *Información...cit.* p. 65.

⁹ CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. *Información...cit.* p. 65.

deducción de las ideas, las soluciones y las conclusiones que aporta el trabajo científico.

En tercer lugar, ha de hacerse referencia a la Jurisprudencia como fuente de información para la investigación jurídica. La Jurisprudencia, definida en los términos más amplios, no es sino la doctrina sentada por los órganos que ejercen la función jurisdiccional a través de sus resoluciones. Respecto del papel que la Jurisprudencia juega en el esquema de fuentes del Derecho del Ordenamiento Jurídico español, ha de señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Código Civil, la Jurisprudencia no constituye una Fuente del Derecho. Ello no significa, no obstante, que no cumpla una importante labor complementadora del ordenamiento, según lo establece el apartado 6 del mismo precepto, de conformidad con el cual: *“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”*

Sea como fuere, a los efectos que aquí interesan, la Jurisprudencia juega un papel crucial como fuente de información para la investigación jurídica. Si en la introducción se ha señalado que los trabajos de investigación jurídica, desde la perspectiva con que a nuestro juicio han de abordarse, deben afrontar y tratar de dar solución a los problemas reales que plantea el Derecho, es claro el peso que debe tener en la labor del investigador la Jurisprudencia, que, como se señala en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, por el que se modificó el título preliminar del Código Civil, es el resultado o la consecuencia de poner en contacto al Derecho con la realidad.

La Jurisprudencia creada por nuestros tribunales viene siendo acopiada en los repertorios que las editoriales especializadas en Derecho publican desde hace ya muchos años. Algunas de esas editoriales – Aranzadi, por ejemplo – han elaborado bases de datos jurisprudenciales que facilitan enormemente la localización de las resoluciones judiciales.

3.2 Otras fuentes de información.

Además de las fuentes de información jurídica comunes o tradicionales, han de tenerse presente otras que pueden considerarse novedosas por su contenido o por el formato de su difusión. A este respecto, la eclosión de Internet ha facilitado el acceso a fuentes documentales a las que antes resultaba muy difícil – por no decir que imposible – llegar.

Así, ha de hacerse mención a lo que se viene denominado la *“literatura gris”*. Bajo este concepto se han ido aglutinando una serie de documentos que se caracterizan, en cuanto a su contenido, por no tener interés divulgativo, dirigiéndose a un público especializado, y en cuanto a su publicación y difusión, por la circunstancia de no poder ser adquiridos a través de los cauces habituales de venta de libros, siendo difíciles de localizar y obtener. Entre otros, cabe incluir como literatura gris algunos documentos que en el momento en que son difundidos por los canales tradicionales pasan a integrar la bibliografía jurídica, como las comunicaciones de congresos no publicadas en actas y las tesis doctorales. Junto a estos, han de considerarse otros documentos como informes, las especificaciones técnicas etc.

Internet ha revolucionado en buena medida este concepto, de suerte que hoy cabe entender por literatura gris todo documento que es producido en ámbitos gubernamentales, académicos, comerciales, empresariales e industriales, en formato impreso o electrónico pero que no están controlados por los editores comerciales. Y así, de conformidad con ello, se entiende que junto a los elementos anteriores integran la literatura gris las grabaciones en vídeo de temas científicos, documentos electrónicos sin derechos de autor, documentos de trabajo depositados en páginas web, etc.¹⁰

Este concepto más amplio de literatura gris comprende una enorme diversidad de documentos de indudable interés para el investigador del Derecho.

Así, especialmente relevantes son algunos documentos publicados en las páginas web de los organismos públicos. Éstos pueden consistir en estudios preliminares o previos a la redacción de normas o instrumentos que incorporan criterios para su interpretación. Igualmente, se suelen publicar en las páginas web de estas instituciones planes o programas estratégicos descriptivos de políticas públicas o, en general, que incorporan criterios orientadores de la acción de los poderes públicos en las más variadas materias. Estos documentos se sitúan a caballo entre lo normativo y la literatura gris. Por último, las entidades públicas difunden a través de la red memorias o informes sobre las actividades y acciones desarrolladas en los campos de su competencia.

Muchos de estos documentos integran el denominado *soft law* – Derecho “blando” – término con que se identifica a una serie de instrumentos, generalmente de Derecho internacional y Derecho comunitario – o que tienen su origen en éstos – que se caracterizan por ejercer cierta influencia sobre la política legislativa y ejecutiva de los poderes públicos, no obstante carecer de fuerza vinculante. Se trata, en definitiva de documentos que no pasan de ser meras recomendaciones o que contienen directrices no imperativas, pero a los que se les reconoce alguna relevancia jurídica desde el momento en que condicionan la acción de los órganos públicos.

Por otra parte, han de considerarse también literatura gris los documentos publicados en las páginas web de instituciones privadas – ONGs, fundaciones – consistentes en estudios que abordan problemas que, no siendo estrictamente jurídicos, pueden tener una cierta dimensión jurídica – así, por ejemplo los estudios sobre el estado del medio ambiente publicados por Greenpeace –.

Todas estas fuentes documentales, como hemos indicado, pueden ser de utilidad al investigador jurídico pues, por una parte, facilitan el conocimiento del estado de una concreta cuestión y, de ese modo, la delimitación de problemas que han de ser abordados. Y por otra, a través de estos instrumentos es posible saber cuáles son las orientaciones de la política legislativa de los centros de producción normativa y los criterios que guían las acciones de los poderes públicos encaminadas a enfrentar aquellos problemas.

Por último, la información estadística, entendida como “*el conjunto de contenidos informativos en los que se realiza una valoración cuantificada y numérica de los diversos aspectos medibles de la economía y de la sociedad*”, constituye también un

¹⁰ CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. *Información...cit.* p. 67 y ss.

recurso a tomar en consideración por el investigador del Derecho. No se trata ésta, desde luego, de una fuente de información novedosa, pero ciertamente su aplicación a la investigación jurídica ha sido hasta el momento limitada, pese a la utilidad que puede reportarle¹¹.

En este sentido, la documentación estadística – el conjunto de documentos que contienen la información estadística elaborada por órganos estadísticos oficiales y no oficiales – constituye un recurso muy valioso para delimitar problemas a partir de los que iniciar un trabajo de investigación jurídica. A este respecto, los datos estadísticos, entre otras utilidades, permiten conocer, por ejemplo, el grado de aplicación de una norma o si se están alcanzando los objetivos perseguidos con su promulgación. No sólo eso, además, es posible, a través de esos datos, localizar geográficamente el problema o concretarlo en un determinado grupo social – por edad, por nivel de renta, etc. – En definitiva, aislar el problema para buscar en el Derecho las soluciones adecuadas. La información estadística es recopilada frecuentemente en bases de datos o los informes periódicos que elaboran organismos públicos y privados. Particularmente extensa es la base de datos elaborada por el Instituto Nacional de Estadística.

En conclusión, junto a las fuentes de información jurídica tradicionales, han de tomarse en consideración otras que contribuyen a enriquecer el trabajo de investigación, posibilitando, partir de un mejor conocimiento de la realidad, propuestas y soluciones más precisas y adecuadas a la verdad de los problemas abordados.

4. La organización de los materiales y la construcción del discurso.

Finalizada la etapa *heurística* de la investigación, ha de procederse a organizar los datos acopiados para construir, a partir de éstos y de los conocimientos adquiridos por la experiencia profesional, el discurso que quiere plasmarse en el trabajo, esto es, las reflexiones suscitadas por el estudio realizado en conexión con el problema que se aborda.

Como se ha indicado al inicio de este trabajo, el problema y la búsqueda de su solución constituyen el hilo conductor del trabajo de investigación. Si ello es así en relación con la etapa de búsqueda de información y organización de los datos recopilados, también lo es, desde luego, en la de la plasmación por escrito de las ideas y consideraciones que se desee realizar.

En primer término, al inicio de la tesis habrá de expresarse con toda claridad cuál es el problema que se analiza y respecto del que se pretende aportar soluciones. Así, habrá de explicarse cuál es la génesis del problema así como los motivos que lo hacen merecedor de un análisis exhaustivo.

En segundo lugar, el problema abordado también debe ser la pauta a tener en cuenta para definir la estructura de los diferentes capítulos y epígrafes en que se divida la exposición. E igualmente, la referencia para establecer sus contenidos. Ello no significa que no puedan dedicarse apartados e incluso capítulos enteros a concretas instituciones jurídicas que estén directamente vinculadas con el problema, pero el

¹¹ CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. *Información...cit.* p. 121.

análisis de esas instituciones ha de estar siempre en conexión con él, pues lo que justifica ese estudio es su posible contribución a la clarificación del problema o a la búsqueda de soluciones para el mismo.

Por último, la tesis doctoral habrá de incluir un capítulo de conclusiones en el que, a partir de las consideraciones realizadas en el cuerpo del trabajo, se formulen propuestas ordenadas y precisas de soluciones lo más ajustadas posible a la realidad del problema que ha dado origen a la investigación.

5. La experiencia profesional como valor añadido e incluso como premisa de la investigación. Un ejemplo en los trabajos sobre Derecho Urbanístico.

Con independencia de las fuentes de información a que se acuda durante la etapa *heurística* de la investigación, el jurista que se proponga realizar un trabajo de carácter científico dispone de un recurso de gran valor para aplicar a la tarea investigadora: su propia experiencia en el campo sobre el que versa el trabajo en cuestión.

En efecto, la dedicación profesional a una rama o disciplina del Derecho implica un acercamiento a la realidad de la aplicación de las normas; una realidad que generalmente entraña una serie de particularidades que no son apreciables desde la mera lectura de las disposiciones normativas o de la bibliografía jurídica. Esa circunstancia posibilita la adopción de perspectivas diversas, tanto en la determinación y valoración de los problemas, como en la identificación o construcción de sus soluciones.

Es más, en relación con determinados conflictos o problemas, la previa experiencia profesional en un determinado ámbito del Derecho se erige en requisito imprescindible para su detección. En este sentido, por su complejidad o profundidad, determinados problemas jurídicos únicamente pueden ser advertidos si las circunstancias de un caso concreto han llevado al profesional del Derecho hasta ellos. En ese contexto, el jurista se plantea cuestiones que pueden servir de acicate para el desarrollo de un trabajo de investigación científica, en la idea de que las conclusiones que deriven de dicha investigación serán originales, en cuanto que referidas a un problema que probablemente no haya sido abordado antes por otros investigadores, o lo habrá sido en muy pocas ocasiones.

Estas observaciones son perfectamente aplicables, por ejemplo, a la investigación sobre cuestiones jurídico-urbanísticas.

El Derecho Urbanístico constituye una disciplina jurídica que está indisolublemente ligada a una realidad física: el espacio urbano. A partir de aquí es fácil entender que el acercamiento a este ámbito del Derecho va a presentar unas particularidades que han de ser tomadas en consideración a la hora de realizar una investigación que verse sobre la materia urbanística. Así, cualquier trabajo de esta naturaleza, particularmente las tesis doctorales, ha de adoptar necesariamente una perspectiva práctica, pues los conceptos urbanísticos se hacen verdaderamente inteligibles cuando se aplican a la realidad sobre la que se proyectan: el suelo.

Así las cosas, es evidente que la experiencia profesional cobra en el ámbito urbanístico una gran relevancia como recurso a aplicar a la investigación. Ello, en la medida en

que, precisamente porque los conceptos urbanísticos son comprensibles en su aplicación real, obviamente, el jurista que opera habitualmente con ellos y conoce las consecuencias de su aplicación se halla en una posición ventajosa para conocer los problemas que plantea el Derecho Urbanístico y en mejores condiciones para proponer soluciones a los mismos.

Además de lo anterior, la investigación sobre cuestiones urbanísticas requiere el uso de una serie de fuentes específicas, además de las tradicionales, para cuyo adecuado manejo se estima imprescindible la experiencia profesional. Nos referimos a los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística, que son las herramientas a través de las cuáles los conceptos urbanísticos – que entremezclan elementos jurídicos y no jurídicos – se aplican a la realidad, el suelo. De ahí la necesidad de conocerlos y de saber interpretarlos.

Por último, en lo que hace a la construcción del discurso, también en este punto la experiencia profesional resulta valiosa, en cuanto que puede coadyuvar a que las reflexiones y consideraciones que se plasmen en el trabajo estén dotadas de mayor claridad. Ello, en la medida en que el profesional del Derecho Urbanístico está en mejor disposición para referir ejemplos de casos concretos para facilitar al lector el entendimiento de unos conceptos que, como se ha apuntado, pueden resultar difíciles de comprender a quien no conozca la realidad de su aplicación.

En definitiva, la previa experiencia profesional en un campo del Derecho es un recurso que proporciona a un trabajo de investigación – particularmente a una tesis doctoral – unas notas de originalidad que enriquecen el resultado final. E incluso puede ser el elemento determinante del desarrollo del trabajo científico si el problema a tratar, en función de su especificidad, sólo ha podido ser conocido a través de dicha experiencia, como ocurrirá en muchos casos, por ejemplo, en materia jurídico-urbanística.

6. Bibliografía

- AZÚA REYES, S.T. (1990) *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Editorial Porrúa. México, D.F.
- CRUZ MUNDET, J.R. y MIKALARENA PEÑA, F. (2006) *Información y documentación administrativa*. Tecnos. Madrid.
- MACIÁ, M. (editor) (1998) *Manual de documentación jurídica*. Editorial Síntesis. Madrid,
- Plan de Formación del personal docente e investigación de la Universidad de Málaga 2014-2015. <http://www.uma.es/formacion/info/10797/plan-de-formacion-2014-2015/>.

EL CINE COMO RECURSO DOCENTE APLICABLE A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo

emalvarez@uma.es

Universidad de Málaga

Resumen: Nuestro interés en el cine como recurso docente para la enseñanza del Derecho Administrativo surge en el año 2008 cuando pasamos a ser miembro activo del *Proyecto DeCine*, dirigido desde la Universidad de La Coruña, y en virtud del cual se constituye una *Red de Profesores de Universidades Españolas* que utilizan el cine como un recurso metodológico. En ejecución de este proyecto se puso en funcionamiento, con una periodicidad continuada, la Revista electrónica de la red de profesores para la elaboración de materiales didácticos para la enseñanza del Derecho a través del cine como medio de difusión de los materiales didácticos elaborados por la propia red. Este proyecto de innovación educativa culmina con la publicación en soporte papel de la colección de materiales didácticos de derecho y cine: *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2011.

En este contexto, cuando asumimos la docencia de la asignatura Fundamentos de Derecho Público del Grado en Criminología en el curso académico 2013/2014 comprobamos que su programación docente incidía en muchas de las cuestiones que se recogían en el material didáctico de la película “Celda 211”, elaborada por la profesora LÓPEZ GARCÍA, M., de la Universidad de Málaga y con la que hemos compartido la docencia de la citada asignatura. Así pues, seleccionamos dicha película y sobre ella hemos volcado todas las actividades prácticas de la asignatura. Por tanto, el objeto de nuestro trabajo es exponer los objetivos que hemos perseguido con esta actividad cinematográfica, las competencias que han adquirido los alumnos, el contenido de actividad, la metodología seguida y los resultados del aprendizaje.

Palabras claves: Cine – Derecho - Innovación docente – Recurso docente – Experiencia docente.

Abstract: Our interest in film as a teaching resource for the teaching of law arises in 2008 when we became an active member of DeCine Project, led from the University of La Coruña, and under which it has established a Teachers Network of Universities Spanish using film as a methodological resource. In this way, when we assume the

¹ Este trabajo se presenta en el marco del Proyecto de Innovación Educativa, PIE 13/034, de la Universidad de Málaga sobre “Diseño, evaluación y difusión del contenido de asignaturas jurídicas a través del uso de la Plataforma Moodle y del OpenCourseWare de la UMA: la utilización del aprendizaje basado en problemas”.

teaching of the subject Fundamentals of Public Law Degree in Criminology found that its program included many of the issues that were contained in learning materials for the film "Cell 211" prepared by LÓPEZ GARCÍA, M., University of Malaga. Thus, we select the film and we dump it all the practical activities of the subject. Therefore, the aim of our work is to present the objectives we have pursued this film activity, the skills that students have acquired, activity content, the methodology and learning outcomes.

Keywords: Film - Law - teaching methods - teaching experience.

1. Introducción

Las Declaraciones de la Sorbona (1998) y de Bolonia (1999) iniciaron un proceso de convergencia hacia la consecución de un Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Este nuevo EEES implica situar el énfasis de la educación en el aprendizaje de los estudiantes y, en consecuencia, en la necesaria introducción de cambios en el diseño de la actividad docente universitaria, tanto en sus aspectos teóricos como en los prácticos: diseño curricular, estrategias de aprendizaje y modelos de evaluación, entre otros.

La nueva relevancia que cobra el estudiante con objeto de adquirir las competencias necesarias para su realización personal y su incorporación al mercado laboral, determina, en efecto, que las metodologías de enseñanza-aprendizaje deban ser adaptadas en aras de la consecución de este objetivo.

En este sentido, la planificación o diseño de la enseñanza, y en particular, de la enseñanza de carácter práctico, en cuanto herramienta básica de la docencia en los estudios de ciencias jurídicas, ha incorporado nuevas metodologías docentes. Todas ellas se caracterizan por ser metodologías activas en las que el alumno, pasa a ser el auténtico eje de la educación universitaria y el profesor un mediador o guía de dicho proceso de aprendizaje. Así, se han venido introduciendo en las programaciones docentes de los estudios de derecho estrategias docentes muy variadas que van desde el aprendizaje basado en problemas o a través del análisis jurisprudencial, el método del caso, o la técnica del portafolio, hasta la introducción de la literatura o el cine como recursos docentes².

Para nosotros, la introducción del cine como recurso docente aplicado a la enseñanza del derecho constituye una herramienta muy útil y que proporciona elevados resultados de aprendizaje. Estamos convencidos que es más fácil captar la atención del alumno con la proyección de una película que con una exposición de diapositivas repletas de esquemas y comentarios escritos. En un ámbito como el jurídico, caracterizado por una vertiente teórica muy marcada, sin duda, los códigos y los manuales priman como herramienta básica para el estudio de cualquier materia, pero el estudio de instituciones, principios y conceptos jurídicos a través de películas supone un paso más en el

² La mayoría de estas metodologías docentes están desarrolladas en BERZOSA LÓPEZ, D. (dir.), CUADRADO PÉREZ, C. (dir), CALATAYUD PRATS, I. (coord.), VELASCO FABRA, G.J. (coord.) (2013), *La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi.

desarrollo de nuevas metodologías, que favorecen el aprendizaje completo a través de la aplicación práctica.

2. El movimiento “Derecho y Cine”

El movimiento Derecho y Cine se originó en Estados Unidos. Ya en 1958, Millard Ruud, profesor de Derecho en la Universidad de Texas escribió sobre la existencia de “*The Townes Hall Film Forum*”, un vehículo para mostrar películas tanto a estudiantes de derecho como de otras titulaciones. Estas películas eran seleccionadas tanto por su interés profesional como cultural³, y poco después, comenzó a considerarse como una herramienta válida para la enseñanza del Derecho. No obstante, podemos afirmar que el movimiento *Law and Cinema* (o *Law and Film Movement*) no se consolida hasta la década de los noventa del siglo XX, momento en el que los estudios de *Derecho y Cine* comienzan a tener cierto arraigo en las Universidades norteamericanas, hasta el punto de que este movimiento centrado en el análisis del mundo jurídico en el marco cinematográfico se completa con investigaciones y ensayos sobre la recepción que el cine dispensa al fenómeno jurídico⁴.

El movimiento se ha ido extendiendo a diversos países, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones ha sido de forma independiente, pues aunque en algunos casos se ha importado la experiencia americana, en otros muchos, el movimiento ha ido surgiendo de forma autónoma sin conocer que ya existía en otros países. Así por ejemplo, los estudios de derecho y cine tienen un gran arraigo en las universidades anglosajonas, donde se trata de un ámbito de docencia e investigación que goza de entidad propia⁵.

Por los datos publicados por RIVAYA⁶, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido es habitual la existencia de asignaturas y cursos de *Derecho y Cine*. Así, a título de ejemplo podemos citar, las Universidades de Harvard, New York, Connecticut, Washington, en la de George Washington, de West Virginia, de Chicago, de Southern California, de California Western, de New South Wales, de Golden Gate, y también las Universidades de Westminster y de Birkbeck, ambas en Londres.

En España, por su parte, se ha producido su desarrollo sobre todo en la última década, a partir del año 2000, pues aunque con anterioridad ya se habían realizado algunas experiencias jurídico cinematográficas (cursos de *Derecho y Cine* en alguna Universidad privada, o la publicación en 1996 del libro *Abogados de cine. Leyes y juicios en la pantalla*, en 1996), no es hasta ese año cuando se implantan asignaturas de

³ Véase MILLARD H., Ruud (1959): *The Townes Hall Film Forum*, 11 *Journal of legal education*.

⁴ RIVAYA, B. (2010): “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI, pp. 222.

⁵ RIVAYA, B y DE CIMA, P. (2004): *Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

⁶ RIVAYA, B. (2010): “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI, pp. 223.

Derecho y Cine en las Universidades de Oviedo, Valencia y Autónoma de Barcelona⁷. También es, casualmente, el año en que aparece un número de la revista *Nosferatu* que lleva por título *Cine y Derecho*. A partir de entonces, y sobre todo en los últimos años se han ido implantado bastantes asignaturas de *Derecho y Cine* en las Facultades de Derecho españolas⁸.

A ello debemos unir la aparición de una bibliografía especializada sobre esta temática, como por ejemplo, la colección “Cine y Derecho” de la editorial Tirant lo Blanch, que desde el año 2002 publica obras que o bien comentan una película (*El verdugo*, *Blade Runner*, *La letra escarlata*, *La lista de Schindler*, etc.), una temática jurídica y su reflejo cinematográfico (la pena de muerte en el cine, la prostitución en el cine, las torturas en el cine, el jurado en el cine, la huelga en el cine, la eutanasia en el cine, etc.), o bien utilizan el cine con fines diversos, como por ejemplo, para introducir al estudio del Derecho (*Una introducción cinematográfica al Derecho*), para observar qué tratamiento le dan los diversos géneros cinematográficos al Derecho (*El Derecho a través de los géneros cinematográficos*), o para analizar la peculiaridad del cine español (*El Derecho en el cine español contemporáneo*).

Asimismo, cada vez son más numerosos los proyectos de investigación que se han ejecutado en torno a esta materia. Por citar sólo algunos ejemplos, los proyectos *Introducción a los estudios de Derecho y Cine*, *Cine y didáctica jurídica* (ambos de la Universidad de Oviedo), el proyecto *Derecho, Cine y Literatura* (del Ministerio de Educación y Ciencia y en el que han participado las Universidades de Oviedo, Valencia, Carlos III, Universidad a Distancia, Barcelona, Pública de Navarra, Almería, Cantabria y Rovira i Virgili, de Tarragona), y el proyecto *DeCine* de la Universidad de La Coruña.

En consecuencia, podemos afirmar que hoy día, en sus diversas facetas, sobre todo en la didáctica, *Derecho y Cine* es un movimiento universal y asentado en España. Para introducirse en él pueden consultarse, aunque hay muchas otras, las siguientes obras: RIVAYA, B. y DE CIMA, P. 2004: *Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, y PRESNO LINERA, M.Á. y RIVAYA, B. 2006: *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia.

El éxito de este movimiento reside, como se ha destacado por la doctrina, en las relaciones de reciprocidad que existen entre ambos fenómenos. El Derecho, como no podía ser de otra forma, se ha ocupado del cine –al igual que del resto de medios de comunicación– para regularlo y ordenarlo, dando lugar a un Derecho cinematográfico. Pero salvo que tomemos la expresión en su sentido más amplio comprensivo también del Derecho positivo del cine, cuando hablamos de *Derecho y Cine* nos referimos a cómo el

⁷ Así se recoge en RIVAYA, B. (2010): “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI.

⁸ RIVAYA señalaba en el año 2010 las siguientes: la Universidad de Oviedo (*Derecho y Cine*), Universidad de Valencia (*Cine y Derecho*), Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid (*Historia, Derecho y Cine*), Universidad de León (*Cine, Literatura, Música y Derecho*), Universidad de Barcelona (*Cine y Derecho*), Universidad Pompeu Fabra (*Derecho, moral y política: reflexiones a través del cine*), Universidad de Burgos (*Derecho y Cine*), y Universidad de La Coruña (*Aproximación cinematográfica al Derecho*), en “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI, pág. 220.

cine muestra, expone y expresa el Derecho. *Derecho y Cine* hace alusión, por tanto, a las narraciones cinematográficas en las que el Derecho ocupa un papel destacado, de tal forma que ha de tenerse en cuenta tanto el dato objetivo de la aparición del Derecho en el relato cuanto el dato subjetivo de la perspectiva desde la que se observa la película, con lo que no sólo importa el material fílmico que se examina sino el punto de vista que se adopta precisamente para verla⁹.

En cualquier caso, y al objeto de centrar nuestro trabajo, podemos señalar tres posibles perspectivas del movimiento Derecho y Cine¹⁰:

- *El Derecho en el Cine*. Se ocupa de analizar la presencia del fenómeno jurídico en los relatos cinematográficos. Es decir, pone el énfasis en el tratamiento cinematográfico de cuestiones, problemas o situaciones con relevancia jurídica.
- *El Derecho como Cine*. Esta perspectiva se encargaría del Derecho como drama, y por tanto, fundamentalmente de los aspectos de dramatización propios del Derecho (sobre todo del proceso).
- *El Derecho del Cine*. También denominado Derecho cinematográfico y que está formado por las normas jurídicas que regulan en sus diversos aspectos el fenómeno cinematográfico. Se trata de un estudio temático de derecho positivo que abarca los distintos sectores del ordenamiento jurídico (constitucional, civil, penal, administrativo, mercantil, etc.), así como las correspondientes resoluciones judiciales y trabajos doctrinales.

Pues bien, la perspectiva que a nosotros nos interesa es la del *Derecho en el Cine*, por ser la que utiliza el cine como herramienta didáctica para la enseñanza del Derecho, y de la que se han destacado las siguientes características¹¹:

- a) se trata de una herramienta de innovación educativa muy atractiva sobre todo en una sociedad como la nuestra cada vez menos literaria y más audiovisual.
- b) centrada en el aprendizaje del alumno.
- c) mejora la calidad de la enseñanza al introducir nuevos recursos docentes.
- d) potencia la interdisciplinariedad.
- e) ayuda a la formación permanente del alumno.

Estas virtualidades del cine como recurso docente en la enseñanza del Derecho deben ser entendidas como complemento de la enseñanza básica o tradicional de las ciencias jurídicas, y en la que el alumno debe adquirir diferentes capacidades y conocimientos que sólo le puede proporcionar el estudio de textos y códigos legislativos.

3. El Proyecto DeCine

⁹ En este sentido se recoge en RIVAYA, B. (2010): “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI, pp. 225.

¹⁰ Un análisis de ellas puede verse en PRESNO LINERA, M.Á. y RIVAYA, B. (2006), *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs.. 17 a 19.

¹¹ RIVAYA, B. (2006): “Derecho y cine. Sobre las posibilidades del cine como instrumento para la didáctica jurídica”, en PRESNO LINERA, M.Á. y RIVAYA, B. (coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nuestra participación en el movimiento Derecho y Cine surge en el año 2008 cuando pasamos a formar parte del *Proyecto DeCine*, dirigido desde la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña –adelantada en desarrollar iniciativas orientadas a aprovechar el potencial del cine en la enseñanza del Derecho¹²-, y en virtud del cual se constituyó una *Red de Profesores de Universidades Españolas* que utilizan el cine como recurso metodológico. El primer hito importante y destacable de la citada red fue la puesta en funcionamiento de la Revista electrónica de la red de profesores para la elaboración de materiales didácticos para la enseñanza del Derecho a través del cine como medio de difusión de los materiales didácticos elaborados por la red. Dicha revista, tal y como se recoge en la página web del *Proyecto DeCine*¹³, es el instrumento fundamental para la consecución de los siguientes objetivos de *innovación docente*:

1. Crear una *red de profesores de universidades españolas* que utilizan el cine como un recurso metodológico para la enseñanza del Derecho.
2. *Elaborar fichas y otros materiales didácticos.*
3. *Divulgar y publicar* las actividades y materiales elaborados por la red.
4. *Intercambiar internamente* materiales didácticos y experiencias entre profesores de Derecho.
5. *Fomentar la colaboración* entre profesores de diferentes e incrementar así la posibilidad de *desarrollar nuevos proyectos en cada disciplina.*
6. *Incentivar el desarrollo de nuevas publicaciones* de materiales didácticos, no sólo generales sino también por disciplina.

La Revista está estructurada en diferentes secciones. En la sección *artículos*, se publican artículos doctrinales sobre la relación entre el cine y el derecho, así como estudios sobre el uso del cine como una herramienta didáctica para la enseñanza de las disciplinas jurídicas. Con este contenido, se pretende establecer un marco para el intercambio de experiencias y nuevas metodologías docentes. Por otro lado, existen dos secciones de materiales didácticos: la sección *materiales didácticos (abierto)*, en la que se publican materiales didácticos realizados por los miembros de la Red Proyecto DeCine, así como por otros profesores universitarios y profesionales del Derecho que estén interesados en colaborar puntualmente con la revista. En él se contienen fundamentalmente las fichas didácticas elaboradas con el modelo de la Red, así como cualquiera otro material didácticos similar. Estos materiales se publican en abierto, mientras que la sección *materiales didácticos (red interna)*, si bien los materiales responden a las mismas características que los publicados en abierto, éstos sólo son accesibles, mediante contraseña, a los integrantes de la Red Proyecto DeCine. Por último, existe una sección

¹² Así, desde el año 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña se vienen organizando actividades que relacionan el cine y el derecho como cine-forums sobre derecho y cine; se ha creado una sección sobre esta materia en la biblioteca del centro; y algunos profesores comenzaron a utilizar la proyección de películas como recurso didáctico complementario en su docencia. Fruto de esta colaboración inicial se ofertó ya en el curso 2007-2008 una asignatura libre elección denominada “*Aproximación cinematográfica al Derecho*”, que ha seguido impartándose en el curso 2008-2009 y que ha sido incluida, como asignatura optativa, en el plan de estudios del nuevo Grado en Derecho. Estos datos pueden consultarse en <https://proyectodecine.wordpress.com/presentacion/>.

¹³ <https://proyectodecine.wordpress.com/presentacion/>

de *bibliografía* en la que se incluyen notas de monografías y manuales elaborados por miembros de la Red o por autores que trabajen en materia de cine y Derecho¹⁴.

Los resultados de este proyecto se han materializado hasta el momento en diversas publicaciones. De ellas, queremos destacar la *Colección de Materiales Didácticos de Derecho y Cine* que se pone en marcha en el seno de la Red con el objetivo de divulgar a través de la publicación de una colección de libros tanto electrónicos de libre acceso on-line como en papel los materiales elaborados por sus miembros. Esta colección se centra fundamentalmente en la publicación de las fichas didácticas elaboradas por cada una de la secciones de la Red. Cada ficha comenta los contenidos jurídicos de una película y desarrolla una actividad que el alumno tendrá que realizar después de visionada la película¹⁵.

Asimismo, y al margen de la Colección de Materiales Didácticos, también se ha procedido a difundir los resultados de este proyecto de innovación educativa a través de diferentes publicaciones en papel. Hasta el momento se han publicado cuatro volúmenes: *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2011; *El Derecho Constitucional en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2012; *El Derecho Internacional Privado en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2012; y *El Derecho Penal en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2013. De ellos, el primer volumen, *El Derecho Administrativo en el cine*, publica treinta fichas didácticas que relacionan una treintena de relatos cinematográficos con aspectos tanto de la parte general como especial del Derecho administrativo, siendo la ficha sobre la película *Gran Torino* de nuestra autoría.

4. Una experiencia docente aplicada en la asignatura Fundamentos de Derecho Público del Grado en Criminología

¹⁴ Los contenidos de la Revista se pueden consultar en <https://proyectodecine.wordpress.com/contenidos/>

¹⁵ Las fichas didácticas responden a un modelo común, tal y como se recoge en <https://proyectodecine.wordpress.com/fichas-didacticas/>. Así, en primer lugar se ofrecen los datos técnicos y artísticos –año, país, dirección, producción, guión, música, actores y duración– y la sinopsis. En segundo lugar, la ficha incluye un comentario del profesor. En él se transmite al alumno algunas claves jurídicas necesarias para visionar la película de forma adecuada y para realizar la actividad posterior con unas orientaciones básicas. En tercer lugar, la ficha desarrolla el contenido de la actividad que puede realizar el alumno tras la proyección de la película. La actividad se planifica de modo diverso por el profesorado que integra esta iniciativa en atención a los objetivos de aprendizaje de cada sesión. En algunos casos se le pide al estudiante un comentario jurídico de la película y de las ideas que surgieron en la sesión de proyección, y en otros se configuran actividades más guiadas en que el alumno tiene que dar respuesta a una serie de cuestiones propuestas por el profesor. Para finalizar, la ficha se completa con una serie de lecturas y películas recomendadas, y con la indicación de algunos sitios web con información de interés. Es decir, se facilita el material de apoyo para el seguimiento de la sesión y la elaboración de la actividad didáctica.

Durante el primer semestre del curso académico 2013-2014 hemos impartido la asignatura Fundamentos de Derecho Público, de 6 créditos ECTS, en el Grado en Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga por vez primera. Esta asignatura llevaba impartándose dos años (el tiempo que lleva implantado este título en la Facultad de Derecho) durante los que los resultados obtenidos por los alumnos habían puesto de manifiesto la falta de interés del alumnado en esta asignatura que ellos consideran muy lejana a sus intereses académicos.

Esta situación de partida es la que justifica que hayamos puesto en práctica este año una metodología totalmente innovadora, realizando una experiencia docente en la que hemos aprovechado el potencial del cine en la enseñanza de una asignatura jurídica. La asignatura Fundamentos de Derecho Público del Grado en Criminología aborda los fundamentos del Derecho público desde el enfoque propio de una formación básica en criminología. En este contexto, la programación docente de la asignatura se divide en cuatro grandes bloques:

1. El Derecho y el ordenamiento jurídico. En él se aborda el concepto y elementos del Estado, el Estado de Derecho, la Administración como garante de las libertades públicas y las fuentes del derecho.
2. La organización del Estado y de las Administraciones públicas. En él se estudia la organización territorial, la distribución de competencias (en especial en materia de seguridad y penitenciaria), los principios y técnicas de la organización administrativa, y el principio de legalidad y las potestades administrativas.
3. La actividad administrativa. En este bloque se analiza el acto administrativo, el silencio administrativo, la eficacia del acto, la ejecutividad y la acción forzosa, así como las formas de acción con especial referencia a la acción de policía o limitación.
4. Las garantías ante la actuación administrativa. Este último bloque se centra en el procedimiento administrativo y el procedimiento sancionador, los recursos administrativos y el control jurisdiccional de la actuación administrativa, y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Esta programación docente incide en muchas de las cuestiones que se recogen en la ficha didáctica de la película “Celda 211”, publicada en *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2011¹⁶. Así pues, seleccionamos dicha película y sobre ella hemos volcado todas las actividades prácticas de la asignatura.

Antes de entrar a exponer la metodología que hemos seguido y los resultados obtenidos, es preciso señalar que nuestro objetivo con la realización de esta experiencia de innovación docente era intentar que la asignatura resultara atractiva para los alumnos, que a través de la actividad cinematográfica los alumnos asentaran los conocimientos básicos de la asignatura, y que asumieran las competencias específicas que se recogen en la guía docente de la asignatura. Estas competencias son las siguientes:

¹⁶ LÓPEZ GARCÍA, M. (2011), “Celda 211”, *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.

- a) Poseer y comprender conocimientos actualizados de las principales instituciones de control social (*específicamente: Administración como institución del poder ejecutivo*).
- b) Utilizar las tecnologías de la información y la comunicación en la resolución de problemas y búsqueda de información en el ámbito de la Criminología.
- c) Tomar conciencia de la importancia del derecho como sistema regulador de relaciones sociales.
- d) Saber difundir y exponer adecuadamente los resultados de una investigación en congresos académicos y a los medios de comunicación.

En cuanto a la metodología docente utilizada para desarrollar esta actividad, debemos señalar en primer lugar que la impartición de los Grados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, se caracteriza por organizar la docencia en grupo grande y en grupos pequeños a lo largo de las 15 semanas que dura el semestre. De tal forma que durante doce semanas la docencia se imparte en grupo grande y durante tres semanas toda la docencia se imparte en grupos pequeños (se divide el grupo grande en dos subgrupos). Por tanto, la docencia de la asignatura Fundamentos de Derecho Público del Grado en Criminología se ha impartido durante 12 semanas en grupo grande (110 alumnos) con cuatro horas de clase semanales y en las que se han impartido los conceptos teóricos de la asignatura. Mientras que las tres semanas de docencia en grupos pequeños son las que se han utilizado para realizar la actividad cinematográfica sobre la película “Celda 211”. La temporización de la actividad ha sido la siguiente:

1ª semana de grupos pequeños (5º semana del semestre): Explicación jurídica y visionado de la película "Celda 211".

2ª semana de grupos pequeños (10º semana del semestre): Explicación jurídica en relación con la película "Celda 211" y búsqueda de doctrina y jurisprudencia en el aula de informática de la Facultad.

3ª semana de grupos pequeños (15º semana del semestre). Exposición pública de los grupos de trabajo y debate sobre la actividad.

Por lo que respecta al contenido de la actividad, la película elegida, “Celda 211”, narra la historia de Juan Oliver, funcionario de prisiones, que un día antes de su incorporación oficial se presenta en su nuevo destino para conocer a sus compañeros y las instalaciones. Allí, sufre un accidente minutos antes de que se desencadene un motín en el sector de los internos incluidos en FIES (ficheros de internos de especial seguimiento). Sus compañeros ante el temor por sus vidas abandonan el cuerpo desmayado de Juan en la celda 211. Al despertar, Juan se encuentra que la prisión ha sido tomada por los presos, comprende la situación y se hace pasar por un preso más ante los amotinados que persiguen conseguir un acuerdo para mejorar su situación en prisión, tomando como rehenes a tres miembros del “comando donosti” que estaban pendientes de ser trasladados esa misma tarde. Mientras tanto, el director del centro penitenciario, atendiendo a las órdenes de su superior, espera para dar la orden de entrada en el recinto hasta que el negociador y los “GEOS” (Grupo Especial de Operaciones) consideren controlada la situación y esté asegurado el éxito de la misión. A los pocos minutos de producirse el motín, los medios de comunicación dan noticia de lo ocurrido, lo que provoca la preocupación de los familiares que acuden a las puertas de prisión para conocer de primera mano lo que está ocurriendo. Entre ellos está Elena, la mujer de Juan y que espera un hijo. El revuelo que se crea a las puertas de prisión

desencadena una actuación violenta por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Esta película nos permite analizar diferentes aspectos del derecho administrativo recogidos en la programación docente de la asignatura Fundamentos de Derecho Público, como son la organización administrativa en el ámbito de la Administración penitenciaria, la seguridad exterior de los establecimientos penitenciarios, la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado por motivos de orden público, y, sobre todo, la responsabilidad de la Administración pública por funcionamiento normal o anormal de los servicios, concretamente en relación con la Administración penitenciaria y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Pues bien, para realizar la actividad los alumnos disponían desde el comienzo del curso de unas breves notas explicativas sobre los aspectos de la asignatura que se reflejan en la película, a partir de los cuales podían empezar a investigar y profundizar para la resolución de las cuestiones que se planteaban para la realización de la actividad.

La actividad consistía en la realización de un trabajo en equipo (grupos de 3/4 personas) en el que tenían que responder a las siguientes cuestiones recogidas en la ficha de la película:

1. Realiza un breve comentario de la escena de la película que más te ha llamado la atención (máx. 5000 caracteres con espacios incluidos), en el que debes describir la escena y los personajes que intervienen; el mensaje que transmite y la relación que puedes encontrar con el Derecho.
2. La película comienza con el suicidio de un preso en la Celda 211, ¿consideras que cabría exigir responsabilidad a la Administración por “culpa in vigilando”? Justifica tu respuesta conforme a las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia.
 - a) En caso de que consideres que cabe exigir la reclamación elabora el correspondiente escrito de inicio del procedimiento ante el órgano correspondiente
 - b) En caso de que consideres que no cabe la reclamación, elabora la resolución de la Administración como órgano competente.
3. De los personajes que aparecen en la película resulta especialmente llamativa en lo que aquí nos interesa el papel que desempeña “Utrilla”. Son varias las ocasiones en la que la película llama la atención sobre la relación de Utrilla con los presos y sus compañeros. ¿Consideras que “Utrilla” realizaba un desempeño de sus funciones conforme a Derecho? ¿Qué medidas disciplinarias se podrían aplicar?
4. ¿Quedaría legitimada conforme a la normativa española la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad contra el disturbio creado a las puertas de prisión? ¿Podría impugnarse ante la jurisdicción contenciosa la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad? Razona tu respuesta conforme a la existencia o no de competencia para adoptar la decisión así como a los principios que limitan la coacción directa. Atiende para ello a las conclusiones doctrinales y a la normativa específica aplicable al supuesto.
5. ¿Consideras que se podría exigir responsabilidad a la Administración por la muerte de Elena? ¿Y la muerte de Juan? ¿y por la de “Malamadre”? ¿Qué diferencias existen en cada supuesto? Justifica tus respuestas atendiendo al análisis de cada uno de los elementos que determinan la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a los criterios de la doctrina y la jurisprudencia: a) Lesión

resarcible b) daño imputable a la Administración por un funcionamiento normal o anormal c) relación de causalidad e incidencia en ella de la conducta de la víctima.

6. En qué sentido afecta a los sucesos que se producen en la película, el art.72.5 y la disposición final primera de la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

El resultado de la actividad debía entregarse por escrito en la fecha señalada al efecto y respetando los requisitos de forma establecidos de antemano, y durante la última semana de clase, los alumnos tuvieron que exponer públicamente sus trabajos y debatir los resultados de la actividad.

Como puede observarse, con las cuestiones planteadas los alumnos adquieren las competencias específicas previstas en esta asignatura y además, adquieren algunas capacidades necesarias para el futuro desarrollo profesional, pues tienen que buscar información, analizarla, realizar un trabajo por escrito y exponerlo en público ante sus compañeros, lo que, sin duda, fomenta el alcance de las competencias genéricas y específicas evaluables en la asignatura.

Por lo que respecta a la evaluación de la actividad, la misma suponía un 20% de la nota final que se sumaba a la nota del examen (70%) y a la participación diaria en clase y otras actividades que se han realizado (10%). Los resultados obtenidos han sido muy positivos, pues de los 30 grupos de trabajo que se constituyeron (15 en cada sesión de grupo pequeño), sólo 4 grupos han sacado un 0,5 (siendo excluidos de la exposición pública por no reunir sus trabajos los requisitos mínimos exigidos). De los restantes, 14 grupos sacaron la máxima calificación (2) y 4 grupos sacaron un 1,5.

Por último, para evaluar la satisfacción de los alumnos con la actividad realizada, se ha llevado a cabo a través del campus virtual de la asignatura una encuesta de carácter anónimo en la que se han obtenido los siguientes resultados:

1. El 80% de los participantes no habían realizado una actividad similar con anterioridad.
2. Al 100% de los participantes le ha parecido una actividad muy interesante, bien estructurada y secuenciada.
3. Para el 90% de los participantes ha sido una actividad útil para su aprendizaje.
4. El 85% de los participantes está satisfecho con su calificación, aunque el 40% de los participantes entiende que la calificación no responde al esfuerzo realizado por el grupo de trabajo.

5. Bibliografía

- BERZOSA LÓPEZ, D. (dir.), CUADRADO PÉREZ, C. (dir), CALATAYUD PRATS, I. (coord.), VELASCO FABRA, G. J. (coord.) (2013), *La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi.
- DIAZ, M. y GARCIA CONLLEDO (2010): “El Derecho en el cine”, en *Revista Making Of*, núm.76.
- LÓPEZ GARCÍA, M. (2011), “Celda 211”, *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
- LACERDA, G. (2008), *O Direito no cinema. Relato de uma experiencia didáctica no campo do Direito*, Edl. FGV.
- MILLARD H., Ruud, (1959): “The Townes Hall Film Forum”, 11 *Journal of legal education*.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.) (2009), *O Ensino do Direito a través do cinema: unha perspectiva interdisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
- PERNAS GARCÍA, J.J (Dir.) (2011), *El Derecho Administrativo en el cine, materiales didácticos para un sistema ECTS*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
- GREENFIELD, S., OSBORN, G. and ROBSON, P. (2010), *Film and the Law*, 2ª EDICIÓN, Hart Publishing.
- PRESNO LINERA, M.A. y RIVAYA, B. (2006), *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RIVAYA, B. Y DE CIMA, P. (2004): *Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- RIVAYA, B. (2010), “Algunas preguntas sobre Derecho y Cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXVI.
- RUIZ SANZ, M. (2010), “La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas”, *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, núm. 2.
- THURY CORNEJO, V. (2009): “El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho?”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 14.

DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN DE COLECTIVOS VULNERABLES (RELATORA CONGRESO INTERNACIONAL)

M^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
(Acreditada a Contratada Doctora)

remedios@uma.es

Universidad de Málaga

El 24 de octubre de 2014 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el Seminario Internacional sobre Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables. Se inició con la intervención de la profesora Champeil, que dictó una conferencia sobre “Ámbito y justiciabilidad de los derechos sociales y protección de algunos colectivos vulnerables en Francia”. En la primera parte de su intervención, expuso el panorama y la tradición del pensamiento social francés para responder a la cuestión de cómo se produce el desvío de la justiciabilidad y protección de los derechos sociales hasta su sustitución mediante la implantación de políticas de no discriminación.

En la segunda parte de la ponencia se respondió a la reflexión sobre si los derechos sociales son verdaderos derechos. Exponiendo los argumentos que niegan esta categoría desde la visión de la divisibilidad de los derechos, las tesis programáticas y las referencias a la competencia y legitimidad de los jueces; después de exponer las respuestas a estas teorías desde una visión positiva de la concepción de los derechos sociales como verdaderos derechos. Esta segunda parte concluyó con una valoración sobre la justicia social: “La justicia de los pobres es una pobre justicia”.

La tercera parte de la conferencia versó sobre la transformación en la concepción de las políticas sociales. Analizando la tendencia a sustituir las políticas de protección social por las políticas de no discriminación. En este punto se analizó la concepción formalista del principio de igualdad, que paradójicamente actúa como corazón y límite de los derechos sociales. Con el análisis particular de la evolución de las políticas de cuotas a favor de las mujeres, y su traslación a otras categorías de colectivos vulnerables.

El segundo de los intervinientes fue el profesor Souvirón, que expuso sus valoraciones sobre el ámbito y alcance de los derechos sociales en España, con especial atención a los colectivos vulnerables. La ponencia se inició con una reflexión general sobre la realidad y crisis de los derechos sociales; donde se incidió en el concepto de los derechos sociales y su ubicación en el ámbito de las libertades públicas y los derechos fundamentales. Posteriormente, se abordó la evolución del Estado de Derecho y los derechos sociales; desde la configuración del Estado liberal de Derecho hasta el Estado social de Derecho, para finalizar con la vuelta a la sociedad civil a través del modelo del Estado regulador.

La segunda parte de la ponencia giró en torno a los derechos sociales en España, con su análisis en el texto constitucional y en el resto del ordenamiento; completando el estudio con la justiciabilidad de estos derechos. Para contrastar los argumentos esgrimidos, se

analizó el derecho a la asistencia sanitaria como testigo de referencia para las consideraciones sobre derechos sociales; iniciado con las referencias a la evolución del régimen de la asistencia sanitaria pública hasta las valoraciones sobre su reciente reforma.

Como conclusión final el ponente se pronunció sobre la necesidad de ofrecer una definición más precisa de los derechos sociales; un refuerzo de los procedimientos para exigir su reconocimiento y efectividad, así como la existencia de un estatuto general básico para los colectivos vulnerables. Y terminó subrayando algunas claves de fondo del propio marco jurídico constitucional aplicable a los derechos sociales.

La última de las intervenciones de este primer bloque del Seminario corrió a cargo de la profesora Carmen María Ávila, en relación al papel de los Comisionados parlamentarios en el ámbito de los derechos sociales. La ponente comenzó su intervención analizando los referentes constitucionales y autonómicos, así como la naturaleza jurídica de los Comisionados parlamentarios; sus competencias, procedimiento y su proyección pública.

La segunda parte de la ponencia se centró en los informes especiales sobre colectivos vulnerables realizados por el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz. A nivel nacional los tres sectores de análisis fueron:

- a) El estudio sobre los partes de lesiones de las personas privadas de libertad, como mecanismo de prevención de la tortura e instrumento de depuración de responsabilidades.
- b) El estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, centrado en la revisión judicial de las medidas de protección.
- c) El estudio sobre la crisis económica e insolvencia personal.
- d) El análisis de la situación de los enfermos mentales.

La profesora Ávila puso de relieve en sus conclusiones la configuración de los Comisionados parlamentarios como una institución de atención a colectivos especialmente vulnerables; desempeñada a través de la labor de denuncia y sensibilización que llevan a cabo; por lo que abogó por otorgarles una mayor relevancia institucional.

El segundo bloque del Seminario se inauguró con la ponencia del profesor Rafael Naranjo con sus valoraciones sobre el derecho al trabajo. El ponente partió de la premisa de que el derecho al trabajo es un derecho inmediatamente aplicable, pero tiene un problema de delimitación de su contenido. Es este contenido, donde se ubica el derecho a la estabilidad y la continuidad en el empleo, que se configura como uno de los más controvertidos.

La reflexión puso de manifiesto que la Ley 3/2012 incorpora un conjunto de aspectos que crean conflictos con el derecho al trabajo. Se centró el ponente en la norma que permite ampliar el período de prueba a un año en el contrato de apoyo a emprendedores. Aunque en principio el período de prueba es un límite al derecho constitucional al trabajo, el Estatuto de los Trabajadores controla su temporalidad para garantizar que

esta limitación sea proporcional.

Partiendo de esta premisa analizó el profesor Naranjo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto que el citado órgano no entra en el debate de si es un período de prueba o despido. Para que este límite sea admitido, tiene que estar justificado, ser proporcional. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 119/2014, que encuentra la base normativa para la justificación de su argumentación en el análisis de los artículos 35 y 38 de la Constitución Española, las Convenciones internacionales (art. 10.2) y el artículo 40 del texto constitucional en su referencia a que todos los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo.

El examen de proporcionalidad que lleva a cabo el Tribunal pone de manifiesto que las previsiones objeto de análisis son de carácter objetivo y medio; mientras que el ponente considera que no puede calificarse como medio, puesto que deja al trabajador a expensas de la decisión del empresario. También se analiza en la sentencia el carácter coyuntural de esta medida, considerando el ponente que el derecho al trabajo no se puede suspender por razones coyunturales.

Con respecto al contenido esencial, para analizar la constitucionalidad de esta medida debe respetar este ámbito mínimo, identificado con aquellas facultades para que un derecho sea reconocible como perteneciente a un determinado tipo, sin las cuales el derecho quedaría desnaturalizado. El ponente concluyó afirmando que con esta iniciativa nos encontramos ante un fraude de constitución, una lesión del artículo 35 CE, puesto que debe ser entendido como la consagración del despido libre.

La siguiente intervención versó sobre la protección y desprotección de colectivos sociales en la seguridad social, y fue expuesta por el profesor Antonio Márquez. El ponente comenzó su reflexión poniendo de relieve que la seguridad social parece un instrumento contra la vulnerabilidad; pero la realidad es que no obedece a su nombre, porque es estatal y no social. Por ello, la sociedad no se implica en situaciones extremas, y es la familia la que aporta su paliativo.

En lugar del término seguridad social, el ponente apostó por la denominación de previsión social; hay un aumento de la parte asistencial y se reduce la parte contributiva, que es la que debería denominarse previsión social. La seguridad social no es universal, sino de colectivos; lo que sí se mantiene es que todos los que cumplen los requisitos exigidos se encuentran cubiertos por este régimen. Hay que tener presente que está vinculada a la permanencia a un colectivo, y que se encuentra muy fragmentada.

El profesor Márquez analizó en la segunda parte de su intervención un conjunto de colectivos desprotegidos. En primer lugar expuso la protección de la vida y de la seguridad alimentaria, como elemento al margen de la seguridad social; una realidad que se está poniendo de manifiesto en nuestro país ante la situación económica que padecemos desde hace varios años. En este bloque también destacó el ponente el derecho a la vida del no nacido, materializado a través de la protección de la salud de las mujeres embarazadas; y por último incluyó a las personas que tratan de llegar al Estado del bienestar europeo. Todas las necesidades básicas, como la pobreza, se encuentran muy desprotegidas porque no están relacionadas con el empleo.

Un segundo colectivo serían los jóvenes, puesto que no existe una protección por desempleo, sino por paro, es decir, por perder un empleo. De esta forma todos los jóvenes que no han llegado a generar prestación por desempleo, también quedan excluidos. Un tercer grupo estaría formado por los extranjeros, entre los que existen distintas castas en función de su situación jurídica en nuestro país. Un primer subgrupo estaría formado por los extranjeros invisibles, aquellos que no disponen de protección alguna y parecen no existir para el sistema; un segundo subgrupo serían los sujetos a la vulnerabilidad de la cotización, que constituyen una casta privilegiada, pero inferior a los incluidos en la categoría de residentes permanentes. Un último colectivo vulnerable sería el empleo de la economía sumergida, que afecta especialmente a los trabajadores autónomos que se ven abocados a una ausencia de cobertura.

El ponente finalizó su intervención poniendo de relieve que la seguridad social puede calificarse como colectivo vulnerable, puesto que hace aguas financieramente y puede llegar un momento en el que sea más favorable la capitalización de su cotización para que se haga valer ante un seguro privado.

La tercera de las intervinientes de este segundo bloque fue la profesora Isabel González, que analizó la protección del consumidor eléctrico vulnerable y la pobreza energética. Comenzó la ponencia con las referencias a la liberalización del sector eléctrico desde los años noventa, que se pensaba llevaría aparejada una bajada en los precios del suministro eléctrico. Si bien, los precios se incrementaron, por ello desde la Unión Europea se prevé la introducción de medidas que puedan adoptar las Administraciones Públicas para intervenir de alguna forma ante este panorama.

Entre estas medidas se encuentra el derecho al servicio universal, cuyo reconocimiento es obligatorio para los Estados miembros. Se basa en garantizar un suministro de calidad y a precios asequibles a todos los consumidores domésticos, y con carácter opcional para las pequeñas empresas. Desde las instituciones comunitarias también se apuesta por la posibilidad de establecer obligaciones a las empresas; así como prever cuáles son los colectivos vulnerables y ofrecerles medidas de protección, como medida para paliar los efectos de la pobreza energética.

El principal problema que puso de manifiesto la ponente es que la transposición en nuestro país de las disposiciones comunitarias sobre estas materias presenta graves deficiencias y ha sido muy cambiante, a lo que hay que añadir que los tribunales han dictado pronunciamientos que han declarado nulas algunas de las disposiciones.

Entre los principales hitos de esta regulación, destacó la profesora González Ríos las referencias a la tarifa de último recurso, como servicio universal; el bono social, dirigido a colectivos más específicos, y la inclusión del concepto de colectivo vulnerable, que se identifica con el bono social.

La Ley del Sector Eléctrico no hace referencia al derecho al servicio universal. Se reconocen en esta norma dos obligaciones de servicio público: por un lado, los precios voluntarios para el pequeño consumidor, que serían similares a la tarifa de último recurso para aquellos consumidores con una potencia contratada que no supere los 10 kw; y, por otro, la tarifa de último recurso dirigida a los colectivos vulnerables y a los consumidores de mayor potencia.

La norma española motiva todos los elementos que caracterizan a los bonos sociales, así como los responsables de su abono; principalmente como consecuencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo del año 2012, resultado de un recurso presentado por la compañía Iberdrola ante el imperativo de la Ley española que dictaminaba que esta empresa era responsable, junto a otros operadores, de la asunción de los costes ocasionados por estos bonos.

La norma española no hace referencia a la pobreza energética, si bien la Directiva comunitaria obliga a su reconocimiento. Tras lo expuesto, la ponente concluyó afirmando que fallan los aspectos sociales en esta regulación, puesto que no queda plasmada en la normativa española la sensibilidad que sí presenta a este respecto el derecho comunitario.

La última de las intervenciones del Seminario se llevó a cabo por la profesora López García y versó sobre el sector de las telecomunicaciones; sector pionero en lo que respecta al establecimiento de medidas tradicionalmente vinculadas al servicio público tras su liberalización. La ponente puso de relieve que el servicio universal, entendido como un conjunto de criterios para el acceso asequibles y de calidad sin discriminación, se desarrolla y crea en este sector.

En esta exposición se analizó la nueva Ley General de Telecomunicaciones, que incorpora y reordena una serie de medidas que ya se recogían en normas anteriores. A este respecto, destaca que la referencia a la no discriminación es la que permite la inclusión de estas medidas destinadas a los colectivos vulnerables. Las telecomunicaciones se constituyen como un servicio de interés general; algunas obligaciones, que se desprenden de esta premisa, han de ser desarrolladas por todos los operadores; mientras que las restantes corresponden a determinados operadores, legitimados para ofrecer el servicio universal, una modalidad de obligación de servicio público. Para optar a ofrecer el servicio universal se realiza un concurso en el que pueden participar todos los operadores, y no sólo el operador dominante.

En la nueva normativa se incorporan novedades como el acceso a Internet y a la red de telefonía móvil. También se destacó que el régimen de servicio universal se financia con un fondo creado por todos los operadores. Entre las obligaciones de servicio público se encuentra salvaguardar y proteger las necesidades de una serie de grupos sociales específicos, con atención preferente a la discapacidad, la dependencia, los mayores, y otras necesidades especiales.

El encargado del servicio universal debe ofrecer programas de control de gasto; donde cabe ubicar el abono social destinado a jubilados y pensionistas que cumplan unos umbrales de renta prefijados; así como un servicio específico para ciegos y personas con grave discapacidad visual, y para sordos y personas con grave discapacidad auditiva. La realidad práctica ha puesto de manifiesto que existen dificultades para llevar a la práctica los derechos que forman parte de la prestación de servicios universal; para ello existe un procedimiento para la resolución de conflictos entre los usuarios y las empresas proveedoras.

La ponente finalizó poniendo de relieve que el servicio universal no es novedoso en el ámbito de las telecomunicaciones, y que se ha exportado a otros sectores completamente liberalizados.

El Seminario culminó con la exposición del resumen y las conclusiones más relevantes de los temas analizados a lo largo de toda la jornada por parte de la relatora, la profesora Zamora Roselló.

RESEÑAS

CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *El escudo de Perseo: la cultura literaria del derecho*, Granada: Editorial Comares, 2012, 408 pp. ISBN: 978-84-9836-973-1.

Manuel de J. Jiménez Moreno
Facultad de Derecho. UNAM

En nuestra tradición jurídica involucrar asuntos propios de las humanidades con el Derecho es una actividad que despierta suspicacias, sospechas y, a veces, también admiración. Si los estudios de *Law & Literature* son ya un referente en la tradición anglosajona, integrándose a los planes de estudio en universidades norteamericanas y británicas; en Latinoamérica y España todavía carecen de un reconocimiento académico reglado que los presente como parte integral de la formación jurídica. José Calvo González, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Málaga, ha dedicado gran parte de su vida profesional a reflexionar y explorar las relaciones disciplinarias entre los universos jurídico y literario. Se trata de una investigación vital que no se identifica con la simple importación de los enfoques y obras del *Common Law*, pues luego de un cultivo cuidadoso y preciso, el catedrático andaluz ha cosechado una visión léxica e ideológico-jurídica propia. José Calvo la enuncia como una ‘cultura literaria del derecho’ y una ‘teoría literaria del derecho’.

Con la obra *El escudo de Perseo*, el autor conjunta “una oferta de estudios que en su práctica totalidad fueron elaborados durante el último cuatrienio, fruto de una continuada labor de investigación”. El libro es, en realidad, una sabia preciosa que puede nutrir tanto a juristas como literatos en el devenir *iusliterato*. En las páginas brilla no sólo dominio y erudición, sino también ética. Su aparato crítico puede leerse como testimonio de lecturas y fuentes que facultan al autor para hablar de las zonas umbrales entre ambas disciplinas. A nivel simbólico, al preferir el escudo de Perseo, la cabeza de Medusa, en vez de la trasnochada estatua de Themis o Justicia que adorna un sinfín de despachos judiciales, Calvo está moviendo a ‘otropaso de tuerca’ –si se me permite aprovechar de una mejor traducción de la conocida novela de Henry James–, pues proyecta de modo original y sugerente un nuevo dispositivo de los imaginarios de la ley y la justicia: “*Derecho y Literatura* como pulido escudo de Perseo, como estratagema para observar sin sucumbir a la visión”. De este modo inaugura ‘otra’ vía, donde la interdisciplinaridad y transdisciplinaridad conducen a lugares que aún hoy permanecen inexplorados. El Derecho es un fenómeno poliédrico, de muchas caras, con multitud de facetas en sombra o ‘del otro lado’, a la espera de que la curiosidad intelectual de los juristas las indaguen y muestren.

Es claro que por su estructura y extensión una reseña integral, al tiempo que pormenorizada, del contenido de *El escudo de Perseo* resulta difícil de llevar a cabo. En sus páginas hallamos un varío y rico elenco de obras y autores que van desde Quevedo en la literatura del Siglo de Oro español, a la luso-brasileña ilustrada de António José da Silva (o Judeu), pasando por el naturalismo zolesco y su importación y debate en el español de la época, y también de otra gran literatura europea –la de identidad eslava- con rusos como Pushkin y Tolstói, además de especial abordaje desde este último –así como a través de Chejov y Dostoweski– del episodio tardoimperial y prerrevolucionario, y asimismo de la

norteamericana estadounidense en el tostiano Crosby con relación a Shakespeare, o de la hispanoamericana en los peruanos Cesar Vallejo y Enrique López Albújar. El universo literario es tan sorprendente y amplio como las modélicas conexiones a temas de filosofía jurídica, moral y política que con enorme poder de sugestión el autor ha sido capaz de introducir y desarrollar en cada uno de los casos. Su organización incluye igualmente temáticas que, como el periodismo jurídico en las crónicas judiciales de Dickens y nuevamente de Vallejo, se abren a un campo de trabajo investigador antes raramente explorado.

Sin embargo, estos ejercicios constituyen mucho más que expresión práctica de la sólida cultura jurídico-literaria de su artífice. Su deliberada intención reflexiva tiene en la base un sustrato teórico y metodológico que le presta unidad y coherencia. Se trata de recorridos en una reflexión que conscientemente el autor ha elaborado para diseñar y dar a comprender el binomio en estudio. En *Escudo de Perseo* José Calvo González apela a una teoría literaria del Derecho, es decir, no un ejercicio de enlaces entre Derecho y Literatura sólo débil y superficial. La empresa es cimentar una teoría lo suficientemente fuerte donde poder fijar las relaciones y funciones de convergencia y compatibilidad que, bajo la común de 'Derecho y Humanidades', se establecen entre Derecho y Literatura, actividades humanas ambas por demás creativas e históricas. Más allá de reiterar el uso de las preposiciones, ya clásicas en esta clase de estudios, es decir, el derecho *en* la literatura, el derecho *de* la literaturas, el derecho *como* literatura, Calvo propone precisiones y ajustes que acaban por recomponer los vínculos entre las piezas y su imagen de conjunto. Después de dar cuenta de la trama de líneas convergentes y los diversos cruces entre ellas, Calvo precisa que son implicaciones *en*, *como* y *con* –esta último enteramente novedoso– las que configuran la teoría literaria del Derecho.

En ese sentido, es fundamental antecedente de *El escudo de Perseo* el trabajo que ya apareció en la investigación que bajo su coordinación llevó por título *Implicación Derecho Literatura* (2008) tal que así, sin partícula unitiva. Aquél, presentado entonces como “Derecho y Literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, señalaba a ésta como “el foco inmediato”. En la intersección instrumental el Derecho actuaba “en cuanto recurso literario, es decir, la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria”. La intersección estructural ofrecía el Derecho *como* Literatura no ya, *prima facie*, como una reposición de la función instrumental, de donde el paralelismo apuntaba a la adyacencia y simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias. Allí, por tanto, la “hipótesis estética” (Radbruch o Dworkin) relativa a una retórica-poética se abría a un rango estético y dimensiones hermenéuticas mucho mayores. Finalmente, la intersección institucional “no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer pasar de naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*”. A esta intersección ‘Derecho *con* Literatura’ se desembocaba por la combinación y acumulación de diferentes niveles, como eran la relectura, reescritura y oralidad. En el primer nivel, la *relectura*, se busca desplegar una nueva codificación jurídica: refundar y recrear el material jurídico mediante un ejercicio hermenéutico donde se mantenga y continúe la comunicación abierta y dinámica de un “derecho que habla a todos”. La *reescritura*, por su parte, enfrenta la teoría de las fuentes del derecho y la apertura a un “modelo general de la categorización jurídica” que también

recibiría los aportes de semiología. Asimismo prevenía sobre la posibilidad informática de reescritura gestionada en los procesos y aplicaciones digitales por influencia global de un poder virtual. Finalmente, en la *oralización*, mostraba el devenir oral de la palabra escrita: un replanteamiento de alteración, si no de alternativa, al típico modelo legalista-textual. Estos niveles involucrarían, en palabras del autor, una ruptura epistemológica y una re-alfabetización jurídica.

A favor de lograr esta re-alfabetización jurídica, Calvo González apela ahora en *El escudo de Perseo* a una teoría literaria del Derecho entre “universos implicantes e implicados”. En este sentido, nos muestra por ejemplo que efectivamente se puede hablar de una guía de campo para el estudio del modelo *Constitutional Law*, utilizando para ello módulos narrativistas como las *top stories*, el *fictional canon* o la *foundational hypothetical narrative or myth*. Desde esa perspectiva, tal guía de campo –advierte Calvo– es una herramienta de gestión de contenidos interdisciplinarios en el constitucionalismo norteamericano que ayuda a “identificar a nivel general los principales argumentos disponibles. Y es también una herramienta para el aprendizaje”.

Otro de los planteamientos fundamentales de la obra que reseño se encuentra en la idea de *cultura literaria del derecho*. No es ésta para Calvo una cultura producida por escritores, como puede suceder en la mayoría de los rubros literarios o humanísticos, sino que se trata de una cultura lectora. Los juristas desarrollan fecundamente un ejercicio interpretativo del derecho, cuya actividad más cotidiana consiste en “resemantizar jurídicamente la comprensión de los conflictos”. Y de ahí formula un nuevo binomio: *lectura literaria del derecho y lectura jurídica de la literatura*. Esa capacidad lectora desarrolla en el iusliterato un progreso competencial que comporta, dentro de una escala gradual, aceptación, resistencia o rechazo. Ante esto, “la *Cultura literaria del Derecho* debería (...) integrar ambos perfiles de *lecturalidad*, uno y otro siempre más proyectivo que la orientación a embellecer o hacer más cálidas las severas y frías expresiones jurídicas (*De dicendi elegantia*) o recorrer con alguna utilidad jurídica el camino del erudito divertimento”.

Al igual que el “juez literario” de Nussbaum, Calvo mira una función coadyuvante en las lecturas literarias por parte de los operadores jurídicos, pues esta actividad contribuye al deber civilizador del derecho: “el jurista que lee literatura reutiliza su proceso de lectura, su lectura comprensiva, para organizar/reorganizar y construir/reconstruir los parámetros ideológicos atinentes a la <<realidad jurídica>> --una realidad *independiente del mundo*, una <<hiperrealidad>>-- en la que es partícipe”. Haciendo un examen sincero entre detractores y promotores del movimiento *Law&Literature* desde la academia y las universidades, el profesor Calvo cierra la cuestión en dos interrogantes: “si la interactuación *Derecho y Literatura*, y en general todo lo tocante a *Law and Humanities*, proporciona una verdadera ruptura didáctica, y si realmente está teniendo lugar en los centros educativos responsables de la formación de juristas”.

La respuesta depende ciertamente de muchos factores que no sólo abrevan del modelo institucional que involucra planes de estudio, cursos, diplomados o cualquier otro mecanismo de inducción a esta nueva sensibilidad jurídico-poética. Exige una disposición ética tanto de alumnos como profesores, tanto de jueces como litigantes. En su caso, supone poner un pie al filo del vacío (cosa severa para el abogado), y mirar el vértigo; contemplar

un mundo que es vertiginoso y mucho más profundo de lo que a una distancia de seguridad apenas se alcanza a ver. Precisa, asimismo, de la honestidad intelectual para evitar prejuicios, vaguedades o las bagatelas de lo obvio. Importa subrayar también, como lo hace el autor, que si bien nuestra cultura jurídica parte de la noble tradición del *ius est ars*, raramente se constata una efectiva conciencia y cumplimiento de ese estadio de plenitud estética y ética. A menudo, sin embargo, el derecho se hace en un artificio que nada tiene en común con el *ars* del que Celso señalaba en el Digesto: su identidad es entonces puramente artificial.

Pero, como Calvo observa, el jardín de los senderos que se entrecruzan e intersecan ha de ser recorrido transversalmente y registrar cómo los poemas polinizan con las normas y las narrativas florecen en los reglamentos. Y, por supuesto, sólo la confraternidad estética nos podrá ofrecer una visión multidireccional y panorámica del jardín. Aunque para ello será necesario leer más críticamente en la fragosidad muchos de los textos jurídicos que son sólo maleza, desbrozar y remover la tierra arrancando algunas raíces.

JOSEFA DOLORES RUÍZ RESA (ED.), TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, FEDERICO JOSÉ ARENA, NURIA BELLOSO MARTÍN, VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS, MARÍA FRANCISCA ELGUETA ROSAS, FEDERICO FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, MIRACY B.S. GUSTIN, ANA JARA GÓMEZ, ROMINA CARLA LERUSSI, HELENA NADAL SÁNCHEZ, JOSEFA DOLORES RUÍZ RESA Y MANUEL SALGUERO SALGUERO, *Política, Economía y Método en la Investigación y Aprendizaje del Derecho*, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, 388 págs.

María Salas Porras
Universidad de Málaga
mariasalas@uma.es

RESUMEN: Los estudios recogidos en este volumen intentan reinterpretar los fundamentos de la Política, la Economía y el Derecho, enmarcados en el esquema metodológico que el Espacio de Educación Superior establece. Desde esa perspectiva, el método parece asumir una importante relevancia ordenadora en la medida en que se lo entienda sustancialmente ligado a la enseñanza y al aprendizaje. Cada una de las cuales, consideradas conjuntamente como dos caras de la misma moneda, llegan a adquirir su propio significado a través de la relación con la otra. El redescubrimiento del papel que un posible método científico propiamente jurídico juega, significa, por tanto, volver a proponer el planteamiento del Derecho como discurso abierto a la política y a la economía, para recuperar, a través suya, el proyecto humanístico de debe llevar a cabo la Universidad de hoy. Abrir el Derecho a otras áreas de conocimiento humano, esto es, su “problematización” significa, hoy, llevar la racionalidad jurídica más allá de la mera racionalidad técnica; permitir renovar la relación jurídica, volver a encontrar sus fundamentos humanísticos, redescubriendo una justicia que reconcilia y reconstruye, fortificando el vínculo social y la integración humana.

Esta resulta, por tanto, una tarea que no corresponde a una sola disciplina, sino que interesa a todo el conjunto de los ya numerosos estudiosos que se han enrolado en este frente, interactuando entre sí de manera interdisciplinar y abriendo un camino en el cual resulte posible, a todos los que han abrazado un humanismo y un ideal político, encontrar las mejores razones de su esperanza.

PALABRAS CLAVE: Política, Derecho, Sociología, Antropología Social, Psicología Social, Cooperación, Participación, Concordia, Conflicto, Consenso, Filosofía, Ética, Reciprocidad, Relacionalidad, Socialidad, Leadership, Justicia, Integración, Universidad Inclusiva.

En esta obra colectiva, publicada por la editorial Dykinson, se recogen doce aportaciones doctrinales -de doce autores de distintos países- bajo un título tan impactante como enigmático, “Política, Economía y Método de Investigación y Aprendizaje del Derecho”.

Se trata, pues, de un conjunto de ensayos que giran en torno a la noción del método en las disciplinas jurídicas, y que pretenden contribuir, a la producción de un pensamiento social interdisciplinar que, superando una visión meramente intuitiva, y sin caer en las lógicas ideológicas, pueda construir una noción de método científico que sea permeable “a la dimensión económica y política que poseen los estudios jurídicos universitarios, de manera que, a partir de este método –fruto del consenso y el análisis reflexivo- se recupere el sentido ético en el estudio teórico del derecho y en la formación de los juristas” (como expresa la editora en la Introducción).

La primera aportación de esta obra se hace por parte de Federico José Arena y Romina Carla Lerussi. El primero es Doctor Europeo en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica por la Universidad de Córdoba, Argentina, y actualmente ejerce como Profesor Contratado en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Bocconi de Milán. Romina es Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, en donde desarrolla sus labores docentes e investigadoras. Este trabajo que presentan conjuntamente bajo el título “*Notas sobre la enseñanza (política) del Derecho*”, contiene siete apartados que, centrados en las tesis defendidas por las escuelas de pensamiento jurídico, tratan de “retomar la conversación sobre la dimensión política del derecho en la práctica de su enseñanza”. Pues bien, de entre esos apartados en que se compone el capítulo, nos ha llamado poderosamente la atención el penúltimo de ellos que, referido al “Entramado político y social del discurso jurídico”, presenta al Derecho no sólo como uno más de los discursos sociales –reconociéndolo como parte de un todo (lo social) que, a su vez, necesita de sus partes para existir- sino que, además, le otorgan fuerza generativa y regenerativa. Lo cual conlleva una asombrosa y atractiva capacidad para crear una y otra vez lo social y el pensamiento –crítico- que de ello se deriva. La dimensión política, por tanto, es una dimensión del pensamiento que conforma la dinámica interna del Derecho, en y para la cual se abre y nutre continuamente.

El segundo de los trabajos presenta una interesante revisión doctrinal de la trascendencia que, para la formación jurídica, tienen, tuvieron y tendrán los planes de estudio universitarios. Su autor es Federico Fernández Crehuet-López, Doctor en Derecho por la Universidad de Granada en donde ejerce sus funciones docentes e investigadoras como Profesor Titular. El capítulo que acomete el Profesor Fernández Crehuet, está compuesto por cuatro apartados desde los que se reflexiona sobre los efectos que los distintos contextos histórico-políticos generan tanto en los planes de estudio, como en los manuales que se emplean en el ámbito universitario para impartir conocimientos en el ámbito jurídico. En este sentido, realiza un recorrido por la Dictadura Franquista española, observando cómo la socialización y, en concreto el modelo de jurista, se definían atendiendo a los cambios experimentados en los libros de texto que se empleaban para la docencia. Así, el paso de los tratados a los manuales – más sintéticos, menos históricos y más iuspositivistas- indica la presencia de una nueva era universitaria: el acompasamiento de los tiempos, de las necesidades productivas y el alejamiento del conocimiento por el conocimiento.

El tercer ensayo bajo la rúbrica “La identidad educadora y la uniformidad educativa”, pertenece a Ana María Jara Gómez, Doctora en Derecho por la Universidad de Granada e investigadora en la Human Dimension Officer de la OSCE en la misión de las Naciones Unidas en Kosovo. Desde su trabajo, dividido en cinco apartados, afronta un

análisis de los efectos del Proceso Bolonia y el concepto de “sociedad del conocimiento” que a través suya se está propugnando en las Universidades europeas. Todo ello, al ponerse en diálogo con el proceso de pacificación de los Balcanes, hace surgir la duda de si no estaremos ante una especie de “apartheid educativo” según palabras de la propia autora.

Veronique Champeil-Desplats es la autora del cuarto de los trabajos que conforman este libro. Catedrática de Derecho Público y Teoría del Derecho en la Universidad de París Ouest-Nanterre la Defense, dirige el Centro de Investigación sobre Derechos Fundamentales y la Revista de Derechos del Hombre. Su ensayo, traducido por la editora del libro, Josefa Dolores Ruiz, está configurado por dos grandes apartados que presentan ocho subdivisiones. Desde él se aborda una revisión doctrinal de los autores y trabajos científicos que se han ocupado en Francia de la investigación sobre el método y la reflexión sobre la metodología en el ámbito, claro está, de las ciencias jurídicas. De entre las veintitrés páginas que componen su estudio, consideramos importante subrayar la trascendencia que esta autora otorga al cuestionamiento continuo del método científico como único camino para la profundización del conocimiento.

El quinto capítulo se destina a analizar si los planes de estudio universitarios están contribuyendo, y en qué grado, a la inclusión social de los estudiantes mediante la facilitación de su emancipación intelectual, profesional y personal. Miracy B. S. Gustin, autora de esta parte, es Graduada en Derecho por la Universidad de Rio de Janeiro y Doctora en Filosofía por el Estado de Minas Gerais, sobre cuya legislación universitaria hace pivotar su trabajo. Desde este, compuesto por cinco apartados y traducido por la editora del libro, se realiza un análisis de las directrices que debe seguir toda Universidad que se diga a sí misma inclusiva.

El capítulo número seis ha sido realizado por María Francisca Elgueta Rosas y, también ofrece una mirada a otras Universidades, como sucedía con el trabajo inmediatamente anterior, si bien en este caso, centrada en Chile. Su autora es Doctora en Educación por la Universidad de Valladolid y actualmente desarrolla labores docentes e investigadoras en el área de Metodología de la Investigación y Docencia Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Desde este ensayo se trata de dar respuesta a una serie de interrogantes planteados en las primeras páginas, que giran en torno a la idea del papel que la Universidad debe jugar en una sociedad manipulada hasta el extremo por el mercado.

“La tarea crítica de la filosofía jurídica en el espacio académico de la Facultad de Derecho” es el título del trabajo que configura el capítulo siete de esta obra colectiva. Su autor es Manuel Salguero Salguero, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, y presenta su ensayo estructurado en tres apartados desde los que se reflexiona acerca del objetivo que las Universidades deben perseguir –haciendo un interesantísimo recorrido por la evolución e involución que ha sufrido ese papel de la Universidad en Europa y en España-, el objeto material y formal de estudio por la Filosofía del Derecho y la pugna, si es que existe, entre la libertad de cátedra, el adoctrinamiento y la neutralidad intelectual.

El octavo capítulo pertenece a la editora de la obra, Josefa Dolores Ruiz Resa, Doctora en Derecho por la Universidad de Granada, donde desarrolla labores de docencia e investigación como Profesora Titular. Su trabajo, dividido en cuatro apartados, hace las veces de cesura entre los primeros siete trabajos y los cuatro restantes, en la medida en que aquellos se centraban, sobretodo, en la dimensión política de los estudios en Derecho y, estos otros, abarcarán su dimensión económica. Por su parte, el ensayo de la Profesora Ruiz Resa, ofrece una reflexión sobre los efectos que la sociedad del conocimiento está generando sobre el derecho y la forma en que se enseña en la Universidad española. De este modo, se dedica especial atención al esclarecimiento de la dogmática, la epistemología, la teórica en su relación con los estudios jurídicos de hoy.

Uno de los aspectos económicos de las disciplinas jurídicas se refleja, precisamente, en sus distintas salidas profesionales. Y a ellas, en concreto a la mediación, se dedica el noveno capítulo de este libro. Su autora es Nuria Belloso Martín, Catedrática acreditada de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos, y en los cuatro apartados en que configura su ensayo, aproxima al lector a la idea de la ética –y tal vez, su necesaria presencia en el curriculum universitario- en el ejercicio de una profesión como la de mediador.

El capítulo décimo acoge el trabajo de Tasia Aranguez Sánchez, Becaria de investigación FPU del Plan Propio de la Universidad de Granada, cuyo título “Esbozo de una Estética del Derecho” da pie a una reflexión versada sobre la poco apreciada –tal vez por desconocida- idea del derecho como arte. A lo largo de los cinco apartados que componen su ensayo, la autora dibuja una explicación lógica y razona sobradamente la necesidad de entremezclar lo estético con lo jurídico. Así, las vestiduras, la oratoria, el escenario de un proceso, tanto como los arquetipos mitológicos de jueces y las diosas que representan la justicia, cobran vida en la mente de cualquier lector que se aproxime a este estudio.

Los trabajos titulados “Por una adecuada evaluación continua” y “La adquisición de competencias mediante una acción tutorial” ponen el broche a este libro, lo cuales consisten en dos ejemplos de buenas prácticas en la impartición de disciplinas jurídicas. Nuria Belloso Martín y Helena Nadal Sánchez, autoras del primero de ellos, son Catedrática habilitada y doctoranda respectivamente en la Universidad de Burgos, y ambas miembros del Grupo de Innovación Docente en que se desarrolla la práctica ofrecida. En los seis apartados que componen su ensayo, ofrecen un interesante análisis de la trascendencia que el aprendizaje, y especialmente, la Evaluación Colaborativa, tiene en el proceso de enseñanza/aprendizaje en las disciplinas jurídicas.

El último de los trabajos que componen esta obra colectiva pertenece, de nuevo, a la editora del mismo, Josefa Dolores Ruiz Resa, quien, desde su ensayo, traslada la experiencia vivida tras la puesta en práctica de un proyecto llevado a cabo entre el alumnado del Primer Curso del Grado en Derecho de la Universidad de Granada, con la finalidad de detectar –y solventar- sus necesidades académicas. Para ello, nos dice la autora, “se trató de crear condiciones iniciales que permitieran al alumnado de primer curso, asentar las bases que les permitieran obtener el máximo desarrollo académico en el futuro”.

El trabajo que se presenta en esta obra constituye un valioso ejemplo de la capacidad de rendimiento que puede desplegar la doctrina respecto de una temática tan controvertida y compleja como es el análisis del método en las ciencias jurídicas y su permeabilidad a los aspectos económicos y políticos de la sociedad. Aquí los investigadores, como tendrá ocasión de comprobar el lector, no se han limitado a exponer y articular lo ya conocido, sino que han ido más allá, desarrollando nuevas teorías y extrayendo nuevas conclusiones. Destaca sin duda en este trabajo la originalidad, la audacia y la valentía para adentrarse en un tema que exige capacidad crítica, reflexiva, madurez y conocimiento, tanto de los fundamentos jurídicos, de la ordenación normativa, como de las ciencias sociales que tratan de explicar las cambiantes tendencias humanas.

