

REJIE

REVISTA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA



FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Málaga

Nº10
Junio 2014

Presentación al núm.10.

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

Brevi note sul pensiero di Dostoevskij

NATALINA STAMILE

La ejecutividad de los acuerdos de mediación en la UE. Algunas reflexiones.

ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO-AUGUSTO PANSARD ANAYA

El régimen jurídico aplicable en la Universidad de Málaga sobre la movilidad estudiantil, el estudiante con dedicación a tiempo parcial y la evaluación por compensación o evaluación extraordinaria: su incidencia en la evaluación del estudiante de Grado.

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

Lei das contravenções penais e sua real efetividade no município de Monte Castelo no período de 2008 a 2012

SANDRO LUIZ BAZZANELLA - DANIELLY BORGUEZAN - ANA JULIA BERTOLIN

La docencia de las disciplinas jurídicas a través de las presentaciones 20x20

M^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ

El proyecto de intercambio de movilidad docente Erasmus en el ámbito de las ciencias penales (Experiencias desde la Universidad de Oviedo)

JESÚS BERNAL DEL CASTILLO

Una propuesta de enseñanza jurídica crítica. aplicación en la asignatura «régimen jurídico de la actuación administrativa»

EDUARDO MELERO ALONSO

La utilidad de los complementos formativos introductorios en los estudios de postgrado: análisis de una buena práctica docente

ELISABET CERRATO GURI - ANA GIMÉNEZ COSTA

RESEÑAS

FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO (Director), PÉREZ GUERRA, RAÚL (Coordinador CD), *Manual de Derecho Administrativo del sector turístico*, Editorial Tecnos, 2013, por Carmen María Ávila Rodríguez

GARCÍA AÑÓN, JOSÉ (editor); *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013*, Unitat d'innovació educativa, Facultat de Dret, Universitat de València, 2013, por Carmen Rocío Fernández Díaz.

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 10
Junio 2014**

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.10	7
<i>Isabel González Ríos</i>	
Brevi note sul pensiero di Dostoevskij	9
NATALINA STAMILE.....	
La ejecutividad de los acuerdos de mediación en la UE. Algunas reflexiones.	37
ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO-AUGUSTO PANSARD ANAYA.....	
El régimen jurídico aplicable en la Universidad de Málaga sobre la movilidad estudiantil, el estudiante con dedicación a tiempo parcial y la evaluación por compensación o evaluación extraordinaria: su incidencia en la evaluación del estudiante de grado.	71
CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ.....	
Lei das contravenções penais e sua real efetividade no município de Monte Castelo no período de 2008 a 2012	99
SANDRO LUIZ BAZZANELLA - DANIELLY BORGUEZAN - ANA JULIA BERTOLIN.....	
La docencia de las disciplinas jurídicas a través de las presentaciones 20x20	113
M ^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ.....	
El proyecto de intercambio de movilidad docente Erasmus en el ámbito de las ciencias penales (Experiencias desde la Universidad de Oviedo)	127
JESÚS BERNAL DEL CASTILLO.....	
Una propuesta de enseñanza jurídica crítica. aplicación en la asignatura «régimen jurídico de la actuación administrativa»	141
EDUARDO MELERO ALONSO.....	
La utilidad de los complementos formativos introductorios en los estudios de postgrado: análisis de una buena práctica docente	161
ELISABET CERRATO GURI - ANA GIMÉNEZ COSTA	
RESEÑAS:	
FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO (Director), PÉREZ GUERRA, RAÚL (Coordinador CD), <i>Manual de Derecho Administrativo del sector turístico</i> , Editorial Tecnos, 2013, por Carmen María Ávila Rodríguez.....	173
GARCÍA AÑÓN, JOSÉ (editor); <i>Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013</i> , Unitat d'innovació educativa, Facultat de Dret, Universitat de València, 2013 por Carmen Rocío Fernández Díaz.....	176

PRESENTACIÓN AL Nº 10 DE LA REJIE

La presentación al número diez de la REJIE debe comenzar con la felicitación a toda la comunidad universitaria por su participación y colaboración con esta Revista electrónica. Gracias a ella ha sido posible publicar semestralmente desde el año 2010, en que se edita la misma, artículos de interés en el ámbito de la innovación docente e investigadora en distintas disciplinas jurídicas y con apertura internacional. Buena muestra de la internacionalización de esta publicación lo constituye el presente número en el que se incluyen dos artículos, uno escrito en italiano y otro en portugués, que nos permiten acercarnos a regímenes jurídicos, instituciones y reflexiones que enriquecen nuestro acervo científico y cultural. El primero de dichos artículos redunda en un tema ya abordado en otras publicaciones de nuestra Revista, mostrando de una manera sutil la relación que existe entre el Derecho y la literatura. Su autora, Natalina Stamile, parte del análisis del pensamiento de Dostoevskij para mostrarnos tal relación. El segundo estudio a que nos referimos, escrito por varios profesores de la Universidade do Constestado (Brasil), realiza una exposición empírica de la aplicación de la “Ley das Contravenções penais”, de 3 de octubre de 1941, mostrando datos reales de su aplicación en el periodo 2008-2012 en el municipio de Monte Castelo (Estado de Santa Catarina). Aunque –como indican los propios autores– los resultados no son extrapolables a nivel general, sí que constituyen un indicio de la escasa utilidad de la norma dada la evolución social y política del país.

Junto a estos artículos de profesores pertenecientes a Universidades extranjeras, incluimos seis estudios cuyos autores están vinculados a las Universidades de Málaga, Vigo, Autónoma de Madrid y Rovira i Virgili (Tarragona). Dos de ellos constituyen investigaciones realizadas desde el ámbito del Derecho Internacional Público y del Derecho Administrativo, respectivamente. El resto se enmarcan en experiencias docentes llevadas a cabo en distintas disciplinas jurídicas. Así, los profesores Esperanza Márquez y Augusto Pansard reflexionan en el trabajo que nos presentan sobre la ejecutividad de los Acuerdos de mediación en la Unión Europea. Partiendo del análisis de la Directiva 52/2008, sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, nos muestran un amplio panorama del tema en Derecho comparado. De este estudio de ámbito internacional, descendemos a otro de ámbito local, el que nos presenta la profesora Carmen M^a Ávila, que analiza la normativa aplicable en la Universidad de Málaga en temas de gran trascendencia para el estudiante de Grado como la movilidad, el régimen del estudiante a tiempo parcial y la evaluación por compensación o evaluación extraordinaria. En este contexto, la autora pone de manifiesto los problemas prácticos que presenta la regulación analizada y las posibles propuestas de mejora.

Dentro del bloque de los artículos dedicados a temas de experiencias e innovaciones docentes, destaca por su originalidad el trabajo presentado por la profesora Remedios Zamora. El mismo nos muestra una experiencia docente en la que se ha aplicado al ámbito jurídico metodologías ya utilizadas en el ámbito de la empresa, y que pueden dar buenos resultados en la adquisición de determinadas competencias (como la mejora en la expresión oral y escrita) exigibles a los estudiantes universitarios. Se presenta así un modelo de docencia y aprendizaje basado en las presentaciones PechaKucha 20 por 20. Otra experiencia enriquecedora en cuanto a la formación del profesorado y que tiene su proyección en la docencia universitaria es la que nos plantea el profesor Jesús Bernal. Su trabajo nos muestra un proyecto desarrollado entre la Universidad de Oviedo y la Universidad de Greenwich (Reino Unido), dentro del

Programa de Movilidad Docente Erasmus, en el que se vieron implicadas asignaturas de Derecho penal, Criminología y Política Criminal. La realización de este tipo de experiencias nos permite conocer las herramientas para profundizar en la implantación de asignaturas o realización de estudios de derecho comparado en cualquier rama de las Ciencias Jurídicas. Enlazando con el espíritu innovador en la docencia universitaria que caracteriza gran parte de los artículos que publicamos en la REJIE, el profesor Eduardo Melero nos propone un modelo de enseñanza-aprendizaje crítico del ordenamiento jurídico, en consonancia con las exigencias normativas. Para ello se postulan diversas metodologías docentes útiles para este modelo de enseñanza crítica del derecho.

Para concluir, cerramos el número diez de la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa con el trabajo presentado por las profesoras Elisabet Cerrato y Ana Giménez, de la Universidad Rovira i Virgili, en el que nos presentan una buena solución a problemas que se están presentando a un importante número de enseñanzas de Postgrados impartidas a lo largo de toda la geografía española, cual es la diversidad de titulaciones de los estudiantes que las cursan, y que en algunos casos plantea problemas de adaptación para aquellos alumnos que no han cursado titulaciones directamente relacionadas con el título que se imparte. La propuesta nos expone la creación de una asignatura introductoria, dentro del Máster Universitario Derecho de la Empresa y de la Contratación, que tiene como finalidad paliar las carencias formativas de aquellos estudiantes extranjeros o cuya formación universitaria no es estrictamente jurídica y que necesitan aprender conceptos básicos del Derecho español o de alguna rama jurídica en concreto. El buen resultado de la experiencia, al que se refieren las autoras, avala su divulgación.

Como colofón incluimos en este número las reseñas de dos obras que contienen el diseño y los materiales adaptados a las enseñanzas de Grado, que pueden ser de utilidad a los profesores de las disciplinas a que se refieren.

Isabel González Ríos
Directora de la REJIE

BREVI NOTE SUL PENSIERO DI DOSTOEVSKIJ

NOTES ON DOSTOEVSKIJ'S THOUGHT¹

NATALINA STAMILE

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, economiche e Sociali
natalinastamile@yahoo.it

Università 'Magna Graecia' di Catanzaro. Italia

Resumen: En estas páginas se trata de explicar, siquiera brevemente, el pensamiento de Fëdor Dostoyevsky. El escritor ruso ciertamente es aclamado como uno de los grandes pensadores y literatos de su época, y de todos los tiempos en realidad. Siempre considerado como un “жестокое талант” [talento cruel], el atractivo de su escritura proviene de la perversa voluptuosidad de su tormento. Es una inteligencia cruel porque sólo una mente libre de cualquier sentimentalismo frívolo puede concebir creaciones como El doble, o Memorias del subsuelo, mostrando a las Pobres gentes con una autoconciencia tan atormentada que trasciende la mera denuncia social. Leyendo a Dostoyevsky nos descubrimos a nosotros mismos como seres problemáticos. “Él nos incita al laberinto dentro del cual, con respiración entrecortada, tratamos de hallar sin éxito una salida. Tanta es la fuerza que ejerce sobre el lector”. El pensamiento de Dostoyevsky es inseparable de los ideales existencialistas, irracionalistas y hasta el nihilistas. En sus obras, sin duda, nos enfrentamos con cuestiones de ética práctica, filosofía aplicada a la realidad, y no solo como mero ejercicio intelectual. Es así que algunas de las más importantes posiciones filosóficas antiguas y modernas se encuentran presentes en la vida de los personajes de Dostoyevsky.

Palabras clave: Libertad, Mal, Nihilismo, 'talento cruel', Literatura y Derecho

Abstract: In this few pages we will try to explain, although somewhat briefly, the thoughts of Fëdor Dostoevskij. The Russian writer is certainly acclaimed as one of the greatest thinkers and literary men of his time, and of all time for that matter. Always considered a “жестокий талант” [cruel intelligence], the attractiveness of his writing stems from the perverse voluptuousness of his torment. He is a cruel intelligent because only a mind free from any frivolous sentimentalism can conceive and implement the figure of the "double", the "imposter", providing "the poor people" with a self-consciousness so tormented as to go beyond the mere social denunciation. Reading Dostoyevskij is, one could say, to find ourselves marked as troubled. “He induces us in the labyrinth from which we, with breathlessness, search for a way out without success, from the force he holds over the reader”. The thoughts of Dostoevskij are inherent ideals related to existensialism, irrationalism and finally to nihilism. Undoubtedly we are

¹ “Il presente lavoro è stato sviluppato nell'ambito del progetto POR Calabria FSE 2007/2013 finanziato dalla Commissione Europea, dal Fondo Sociale Europeo e dalla Regione Calabria”.

dealing with the works of practical ethics, philosophy applied to reality, and not a mere intellectual exercise, in which some of the most important ancient and modern philosophical positions are in the characters of Dostoevskij's own life.

Keywords: freedom, evil, nihilism, cruel intelligence, literature and law.

Sumario: 1. Introduzione. 2. Престпление и Наказание [Delitto e Castigo]. 3. Dostoevskij e il nichilismo. 4. Dostoevskij e il nazionalismo slavofilo . 5. L'esperimento intellettuale .6. Легенда О Великом Инквизиторе [La Leggenda del Grande Inquisitore]. 7. Conclusioni. 8.Riferimenti bibliografici

1. Introduzione

Fëdor Michàilovič Dostoevskij è certamente uno dei più grandi pensatori e letterati del suo tempo, e non solo. Sterminata, e non soltanto in lingua russa è la bibliografia dedicatagli; la sua produzione è vastissima, i problemi ed i temi di cui ha scritto rappresentano un enorme patrimonio universale; il pensiero che ha espresso è potente ed originale.

Da sempre è ritenuto un “жестокый талант” [ingegno crudele], scrittore morbosamente attratto soprattutto dalla perversa voluttà contenuta nel suo tormento. Così, infatti, Nikolaj Konstantinovič Michajlovskij, ultimo grande teorico del populismo, definì Dostoevskij. La corazza della “crudeltà” cui fa riferimento Michajlovskij è quella forma che l'amore per l'uomo doveva necessariamente assumere per non tradire l'amore per la verità, idea che lo stesso Dostoevskij ha espresso, anche se non sempre in maniera del tutto chiara. È “un ingegno crudele”, perché solo una mente libera da ogni frivolo sentimentalismo può concepire ed attuare la figura del “doppio”, del “sosia”, dotare la “povera gente” di una autocoscienza talmente tormentata, da andare oltre la mera denuncia sociale (Strada 1998, 218).

Leggere Dostoevskij vuol dire ritrovarsi in qualche modo segnati, turbati e forse si acquista maggiore consapevolezza, certamente non si rimane indifferenti. Michàil Michajlovič Bachtin scrive a tal proposito che «Dostoevskij ci induce in un labirinto dal quale con affanno cerchiamo una via d'uscita, senza trovarla, per questo egli agisce con tanta forza sul lettore» (Strada 2001). Oserei dire che rivive con sbalorditiva chiarezza, nell'animo di un lettore attento, quella sensibilità, espressione tipica della personalità, forse anche dello stesso pensiero dostoevskijano, portatrice di ideali afferenti all'esistenzialismo, all'irrazionalismo ed infine al nichilismo.

Negli anni, in cui lo scrittore russo si forma, si inaugura un percorso di ricerca filosofica, volta a polemizzare contro quelle idee riguardanti la ragione *finita*, di cui Kant aveva segnato e marcato, in maniera netta, competenze e limiti. Erano quelli gli anni in cui il grande colosso dell'Illuminismo iniziava lentamente a vacillare e si cominciava a sentire, inevitabilmente, la necessità di una nuova filosofia che fosse in

grado di esaltare il sentimento e di respingere la ragione *illuministica*, prevalentemente empiristica-scientifica, e il criticismo che aveva sbarrato le porte alla metafisica. Dostoevskij, davanti a ciò, tentò di cercare altre vie di accesso alla realtà e all'infinito, in modo da condurlo alla conoscenza ed alla comprensione dell'Assoluto.

Dotato di un raffinato impeto irrazionale, esalta e valorizza il *sentimento*, da intendersi come qualcosa di più profondo rispetto all'odierno nostro concetto, quasi un *sentimento intellettuale*, nutrito di acuta riflessione filosofica, tanto da apparire come una immensa ebbrezza indefinita di emozioni, in cui palpita la vita stessa al di là delle strettoie della ragione, in grado di aprire a nuove dimensioni della psiche e di risalire alle sorgenti primordiali dell'essere. L'autore è considerato da Moravia (1998, 221) «il più attuale romanziere dell'Ottocento, prima di tutto nei contenuti, che erano il frutto di esperienze personali allora, nella borghese e rispettabile società del cosiddetto secolo “stupido”, del tutto eccezionali e oggi, invece, dopo due guerre mondiali e parecchie rivoluzioni, quasi normali».

A Dostoevskij si suole attribuire una maggiore modernità, anche perché costituisce l'origine della narrativa esistenzialistica. Si concentra e bada al rapporto tra l'individuo e sé stesso, tralasciando quello tra l'individuo e la società. È un'anima tipicamente romantica, che genera la tendenza all'evasione e l'amore per l'eccezionale, disprezza il mediocre e predilige il meraviglioso, il lontano, il misterioso, il magico, il sosia. Certamente l'impresa intellettuale di Dostoevskij è stata “solitaria”, “individuale” ed inconsapevolmente ha attuato una rivoluzione profonda, per certi versi simile a quella che sarà messa in atto più tardi da Pirandello in *Sei personaggi in cerca di autore*, o da Joyce, attraverso l'esaltazione della condizione esistenzialistica della solitudine che porterà a far monologare Molly Bloom nella parte finale dell'*Ulysses* (Moravia 1998, 221), o da Michàil Afanasevič Bulgakov in *Мастер и Маргарита* [*Il Maestro e Margherita*], nel successivo processo di sviluppo del romanzo-mito in Russia.

2. Преступление и Наказание /Delitto e Castigo/

In tempi relativamente recenti, in alcuni studi sulla fenomenologia della colpa (Belloli 2001), è stato messo in evidenza come Dostoevskij sembra anticipare, in particolare in *Delitto e castigo*, la teoria freudiana formulata in *Alcuni tipi di caratteri tratti dal lavoro psicoanalitico* del 1916, secondo la quale vi sarebbe, in alcuni casi, un nesso di causalità di colpa e commissione dei delitti. L'ipotesi pare plausibile in parte se riferita ai luoghi in cui Dostoevskij indugia ripetutamente in quel sentimento inconscio ed indefinibile che spinge Raskòlnikov a compiere il delitto, quasi una forza misteriosa che lo svincola dalle comuni norme etiche e giuridiche, traducendosi, nell'animo del protagonista, come una pulsione verso l'omicidio irrefrenabile ed incontrollabile (Belloli 2001, 97). Tuttavia, lo scrittore russo non ha mai fatto alcun tipo di riferimento esplicito al suddetto nesso di causalità, anzi in un frammento dei *Taccuini degli anni 1872-1875*,

sembrerebbe escludere una qualche forma di determinismo nei delinquenti (Dostoevskij 1997, 334).

Una tesi differente può essere formulata analizzando la scelta del nome del protagonista, certamente non casuale. Nella lingua russa il nome Raskòlnikov deriva, infatti, dalla parola *Raskòl* (*Раскол*), che significa scisma. Il protagonista porterebbe, dunque, nel cuore, nel suo stesso nome, l'idea dello scisma. Raskòlnikov è dunque lo scismatico: in lui si è generata la frattura tra genere umano e individuo. Ma *Raskòl* viene utilizzato nella cultura russa anche per indicare un'altra grande frattura: quella intervenuta nel Seicento, all'interno della Chiesa ortodossa. Dopo lo scisma si formò una religione parallela a quella ufficiale, diffusa in tutta la Russia soprattutto presso il popolo. A riprova il termine *Raskòl'niki*, (*Раскольники*) viene utilizzato tutt'ora per indicare gli scismatici, cioè "i vecchi credenti" che avevano provocato lo scisma, e continuarono rigorosamente ad osservare i rituali precedenti alla Riforma, rifiutando i precetti e le riforme della Chiesa Ufficiale, pronti a qualsiasi sacrificio ed a subire ogni sorta di persecuzione pur di rimanere fedeli alle proprie convinzioni. Ebbene, ciò che si sta cercando di dire è che Raskòlnikov potrebbe rappresentare una teoria così sintetizzabile: Coloro a cui è consentito varcare qualsiasi ostacolo in vista del raggiungimento di una meta superiore, sono anche, necessariamente, uomini dotati di grande sensibilità, condannati alla tristezza ed alla sofferenza dal loro stesso alto sentire; qualsiasi loro gesto nasce dalla ricerca non del proprio vantaggio, ma del vantaggio di una parte dell'umanità, che dal loro sacrificio trarrà una qualche forma di beneficio. La colpa di Raskòlnikov è quella perciò che emerge quando scopre, attraverso il delitto commesso, la propria essenza di "вошь" [pidocchio], un misero insetto insignificante, incapace di reggere fino in fondo la parte intrapresa cioè di trasformare il male in bene.

In tal senso sembra condividersi la tesi formulata da Belloli (2001, 94), la quale, rifacendosi al filosofo del diritto Gerhard Ledig², sostiene che nelle motivazioni del criminale possono essere individuati tre livelli di profondità: il livello più superficiale, utilitaristico; il secondo livello, ideologico-intellettualistico; ed il livello più profondo, che viene dal subconscio, costituito dal desiderio del dolore. «Il genio di Dostoevskij individua delle profonde connessioni psicologiche prima che esse vengano evidenziate e formulate teoreticamente; il senso di colpa è già presente prima di commettere il delitto, e la necessità della punizione inducono il criminale al compimento del reato» (Ivi, 95 ss.).

Delitto e Castigo è un capolavoro nel suo genere, sia per la bellezza stilistica che per la profondità dei contenuti. Il protagonista, Raskòlnikov rappresenta il diritto, se non il dovere di eliminare il male. Non si parla di diritto alla vita ma di diritto di uccidere. L'affermazione della propria volontà, non si manifesta come energia vitale, si tramuta in una offesa alla vita, travolge la sua stessa esistenza. Egli uccide in nome del proprio

2 Gerhard Ledig nel 1935 esplora la relazione tra nichilismo e diritto in *Delitto e Castigo*, portando alla luce molti aspetti del pensiero dostoevskijano fino ad allora quasi del tutto trascurati.

libero arbitrio, e così finisce per negare il valore dell'individuo e con esso anche la libertà (Dostoevskij 2002, 7).

Dostoevskij arriva a mostrare che quando la libertà, che è per l'uomo il bene a cui non può rinunciare senza cessare di essere ad immagine e somiglianza di Dio, trapassa in puro arbitrio, essa diventa qualcosa di vuoto e devastante. La confessione resa da Raskòlnikov a Sonja non è animata da pentimento, bensì da un sentimento di provocazione, dalla consapevolezza del proprio fallimento, apparendo a se stesso come un essere debole, privo di valore, un essere impotente, misero e meschino. Sonja rappresenta la via della libertà, che pur sofferente non "si disgrega". Ella è costretta a prostituirsi per sfamare la sua famiglia, ma non rinuncia alla sua dignità di persona libera, assumendosi la responsabilità della propria degradazione e sofferenza.

Nell'autoesaltazione ribelle contro tutti i più alti valori tradizionali dell'etica umana, nel dramma della ragione umana, il protagonista compie il delitto. È un delitto ideologico, Raskòlnikov deve sperimentare su di sé, se è un pidocchio o un uomo (come poc' anzi accennato) ed è lui stesso a dirlo: «Ho ucciso soltanto per me, per dimostrare se ero un pidocchio oppure un uomo» (*Ivi*, 318); infatti, vive in lui l'idea della giustificazione dell'assassinio per fini superiori. È giusto uccidere una vecchia usuraia, al fine di utilizzare il denaro da lei ingiustamente accumulato al servizio di tutta l'umanità? Ciò che finisce nelle mani dell'usuraia, costituisce un capitale fermo, inerte, lontano da qualsiasi utilizzazione imprenditoriale. È l'usura per l'usura. Il denaro accumulato dalla vecchia ha, infatti, il solo scopo di salvare la sua anima dannata.

Il delitto è frutto di un'azione meditata, pensata in tutte le sue modalità, è la rappresentazione del conflitto tra il bene e il male. Raskòlnikov, casualmente, ascolta una conversazione tra uno studente ed un giovane ufficiale, in un'osteria, in cui si discuteva della vecchia usuraia, Alëna Ivànovna, dipinta con aggettivi quali insulsa, miserabile, cattiva, malata, ma anche non utile a nessuno, anzi dannosa ai più e che presto sarebbe morta ed i soldi che ella possedeva frutto dell'attività dell'usura sarebbero stati destinati a un certo monastero a suffragio della propria anima. Alëna Ivànovna è un parassita o meglio *un pidocchio*, capace di succhiare la vita delle persone per cui è doppiamente indegna di perdono.

«Permetti, voglio farti una domanda, sul serio», disse lo studente infervendosi. «Poco fa, si capisce ho scherzato, ma senti: da una parte una vecchietta stupida, ignorante, insignificante, cattiva e malata, che non è utile a nessuno, che è, anzi nociva a tutti, che non sa lei stessa perché vive e che domani se ne morirà. Capisci?Capisci?». «si, capisco», rispose l'ufficiale fissando attentamente il caloroso compagno. «Ascolta il resto: dall'altra parte, delle forze giovani, fresche, che si perdono inutilmente, senza appoggio. Ce ne sono migliaia e migliaia, e dappertutto! Cento, mille buone opere, iniziative che si potrebbero avviare, indirizzare coi denari di quella vecchia, destinati a un monastero! Centinaia, migliaia, forse, di esistenze rimesse sulla buona strada; decine di famiglie salvate dalla miseria, dal disgregamento, dalla rovina, dalla corruzione, dagli

ospedali delle malattie veneree ... tutto questo col suo denaro! Che la si uccida pure, che le si pigli il denaro, per consacrarsi con quel denaro al servizio di tutta l'umanità e della causa comune! Che ne pensi? Non si cancellerebbe un unico, misero delitto con migliaia di buone azioni? Per una vita, migliaia di vite salvate dallo sfacelo e dalla dissoluzione! Una sola morte, e cento vite in cambio – questo, vedi, è un calcolo aritmetico! E poi, che cosa significa, posta sulla bilancia collettiva la vita di una vecchietta tistica e stupida e malvagia? Non più della vita di un pidocchio, di uno scarafaggio, e vale anche meno, perché quella vecchia è nociva. Divora la vita degli altri: è perfida! [...]». «certamente è indegna di vivere», osservò l'ufficiale, «ma, vedi, così è la natura». (Dostoevskij 2002, 63)

Questo aspetto della funzione sociale, rende ancora più ambigua la motivazione che spinge Raskòlnikov a compiere il delitto. È la teoria basata sulla distinzione tra gli uomini straordinari, che si pongono al di sopra delle leggi morali e non solo, i quali hanno il diritto di compiere ogni sorta di delitto, e gli uomini ordinari, che invece le devono rispettare. Dunque, ci sono due categorie di uomini: quelli normali e quelli straordinari. Questi ultimi sono dispensati da ogni castigo, perché operano per il bene dell'umanità, propongono idee nuove, fondano stati. Tuttavia, l'idea napoleonica della teoria degli uomini superiori e di quelli inferiori è indebolita dalla pochezza della vittima.

Alla fine, Raskòlnikov confessa il delitto, bugia dopo bugia, il carico emotivo era diventato troppo pesante ed insostenibile per la sua coscienza ed è così che va contro la sua stessa teoria.

Nel protagonista coesistono due tensioni: la libertà illimitata dell'uomo e il bene dell'umanità che legittimano qualunque cosa, anche l'omicidio. Il destino di Raskòlnikov è tragico, ed ancora di più lo è la sua eclissi. Si consegna a quella stessa legge che voleva superare ed è con questo gesto che la libertà illimitata ed arbitraria si autonega, si dissolve in uno stato di noia e di indifferenza distruttiva. L'uomo che supera se stesso, che si pone al di sopra della propria determinazione empirica e della propria radice trascendentale, è condannato alla disperazione di una inesorabile dissoluzione.

Inoltre, Raskòlnikov prende coscienza del gesto omicida compiuto attraverso il suo doppio, Svidrigajlov, essere cinico e depravato. Infatti, Svidrigajlov rende la propria esistenza un *non-senso*, destinata a consumarsi in una contraddizione che la dissolve nel nulla, tanto che la sua vita si conclude con il suicidio.

Una serie di circostanze favorevoli sviano le indagini e Raskòlnikov diventa severo giudice di se stesso. Egli è dominato dall'idea di libertà che è il diritto dell'uomo superiore, ma il giudice istruttore, Porfirij Petrovič, il quale sospetta della sua colpevolezza lo lascia libero e lo spinge a tradirsi, ben calcolando che il timore di venire scoperto lo porterà a consegnarsi nelle sue mani.

Per lo scrittore russo la pena ha senso solo se interiormente richiesta dall'omicida. Soltanto attraverso un meccanismo di autopunizione, il sistema giudiziario si può conciliare con la libertà dell'individuo, mantenendo così intatta la sua dignità (Cantelli 2002, 10). I personaggi, benché calati nella realtà sociale, culturale, politica del tempo, vengono proiettati su di uno scenario metastorico, così bisogna chiedersi se sia possibile ridurre il diritto alla legge; la giustizia non è solo questione di codici e procedure ma è anche questione di *ethos* dei giudici, e prima ancora di essere questione giuridica, è questione culturale (Zagrebel'sky 2003a).

Il giudice delineato da Dostoevskij, non scava un fossato fra sé e il condannato, non si erge contro il colpevole e questo semplicemente perché il giudizio, espressione della divisione tra bene e male, non può essere pronunciato da un uomo contro un altro uomo. Lo scrittore russo parla di un giudizio morale, allorquando precisa che nessuno può giudicare un malfattore, se prima non abbia acquistato coscienza che anche lui è un malfattore, perché il male è una componente essenziale della condizione dell'uomo. Se qualcuno ha commesso un delitto, noi siamo colpevoli per non averlo impedito (*Id.* 2003b, 39). Tutto il contrario del giudice inteso come "la luce della virtù contro le tenebre del vizio", perché giudicando gli altri, giudica anche l'umanità che è in lui e quindi "com-patisce" con colui che condanna. Tale aspetto è messo in evidenza da Zagrebel'sky, il quale deviando per un attimo dalla tematica della Leggenda del Grande Inquisitore, si sofferma sulla figura dello starec Zosima, ed in particolare sul discorso che lo stesso rivolge al giovane Alëša, "sul giudicare", ovvero che «non si può essere giudici sulla terra» (*Ivi*, 41).

Nel romanzo viene delineata una sorta di responsabilità solidale del delitto, cioè responsabilità della società per cui sembrerebbe non esserci spazio per la responsabilità individuale e personale. Pareyson (1993, 8), in uno dei suoi studi su Dostoevskij, sostiene che per l'autore questa idea non è un modello logico-trascendentale della realtà, ma è una forza vivente che produce ed anima il mondo ed il diritto oggettivo, che incarna la *civitas*, diviene il regno del male, cioè della separazione e della scissione. Pertanto la problematica del diritto oscilla, inesorabilmente, tra senso e non-senso, tra verità e menzogna, tra libertà e necessità, ma anche, tra colpa e redenzione, tra diritto e giustizia. Il *logos* giuridico è il riflesso di una cultura che fonda sé stessa su un atto di scissione e di rimozione della natura, che non può definire né revocare lo scandalo del male e della colpa. Tutto questo è reso da Dostoevskij con grande maestria all'interno di tutto il romanzo, si ricordi il dialogo tra Sonja e Raskòlnikov, in cui quest'ultimo confessa il proprio delitto, esponendo ulteriormente la teoria degli uomini straordinari (Dostoevskij 2002, 317 ss.); o quello tra Advotja Romanòva e Svidrigajlov, nel quale è contenuta la lunga spiegazione del perché è stato generato il delitto, ovvero la teoria secondo la quale è lecito commettere un'infamia contro un individuo, se lo scopo è essenzialmente buono (*Ivi*, 372 ss.), ed in particolare durante l'incontro tra il giudice istruttore, Porfirij Petrovič, e Raskòlnikov, accompagnato da Razumichin:

«... in una parola, se ben ricordate, si allude al fatto che al mondo esistono certi individui i quali possono ... cioè, non è che possono, ma hanno il diritto di commettere ogni sorta di sconcezze e di delitti, e che per quelle persone la legge, in un certo senso, non è stata scritta». Raskòlnikov sorrise dell'artificiosa, intenzionale deformazione della sua idea. «Come? Che dite? Il diritto al delitto? Ma non certo perché "l'ambiente corrode"?». S'informò Razumichin, che aveva provato un certo senso di sgomento. «No, no, niente affatto per questo» rispose Porfirij. «Il nocciolo della questione è questo: nell'articolo del signor Raskòlnikov gli uomini sono in certo qual modo divisi in ordinari e straordinari. Gli ordinari debbono vivere nell'obbedienza e non hanno diritto di violare la legge, dato che sono uomini ordinari. Gli esseri straordinari, invece, hanno il diritto di commettere qualsiasi delitto e di trasgredire in qualsiasi modo la legge, proprio perché straordinari. Dite così, credo; o sbaglio?» (Dostoevskij 2002, 204- 205)

In *Delitto e Castigo* vi è anche un altro aspetto, l'aspirazione del basso verso gli ideali di giustizia, di uguaglianza, di pace e di riscatto. Dostoevskij, in maniera sarcastica, scrive una delle pagine più belle del suo romanzo. Protagonista è Katjerina Ivànovna, la quale in un momento di disperazione totale, invoca la giustizia e la forza del diritto quale sui alleati, alleati della *povera gente*. Da poco è stato seppellito il marito, Semjòn Zachàryc, ma ciò non ferma Amàlija Ivànovna a mandar via di casa, da quel poverissimo buco, l'intera famiglia Marmelàdov. Ed è qui che si ha la reazione della donna:

«Che! Non basta l'empia calunnia pronunciata contro Sonja! Se la piglia anche con me questa donna! Il giorno dei funerali di mio marito, dopo aver goduto della mia ospitalità, mi scaccia di casa, mi si butta sulla strada con queste creature! E dove andrò? » [...] «O signore!» gridò a un tratto col fuoco negli occhi, «è mai possibile che in questo mondo non ci sia giustizia? Chi difenderai Tu, se non noialtri poveri derelitti? Ma staremo a vedere! In questo mondo ci sono i tribunali, c'è la legge, e io mi ci rivolgerò! Aspetta un poco, creatura empia!» [...] «Vedremo se su questa terra c'è giustizia!» E gettandosi sulla testa quello scialle verde di *drap de dame* [...] piangendo, gridando, scese di corsa sulla strada, con l'intenzione di cercare, dovunque, subito, a tutti i costi, la giustizia [...]» (Dostoevskij 2002, 309-310).

La giustizia sembra essere connatura alle aspirazioni della *povera gente*, degli *umiliati*, dei *disgraziati* e quasi le si impone di farsi trovare lungo le strade del mondo (Mancini 1982, 206). Dostoevskij, ancora una volta, mostra la propria attenzione verso quelle esistenze povere e fallite. Lega il delitto alla disgrazia, mostrando una certa propensione verso la compassione e il perdono, tanto che Nikolaj Berdjaev (1977, 205) parla di «concezione umanista» che genera in Dostoevskij «una infinita compassione per l'uomo». La gente comune non disprezza il detenuto, ma lo compatisce per la disgrazia ed infine lo perdona per il castigo che patisce a causa della sua colpa. Nella lingua russa il termine che indica il delitto è lo stesso usato per la disgrazia e così la parola disgraziato è la stessa di delinquente (Gide 1928). Tale peculiarità linguistica non sfugge allo scrittore russo, il quale ne rileva l'esistenza in maniera esplicita in *Зануки уз*

мѣртваго дома [*Memorie da una casa di morti*] (Dostoevskij 1995, 67), opera non solo dallo sfondo autobiografico ma che inaugura anche quella sofferta simpatia per il popolo russo, che sarà tema dominante degli ultimi anni di vita dello scrittore, di cui si dirà a breve.

La pietà per i passionali e per quelli che sono esistenzialmente feriti mostrata da Dostoevskij, secondo Mancini deriverebbe dalla loro umiltà, ossia sul loro costante riconoscimento di essere fragili, esposti alla colpa, quindi sempre debitori di fronte alla vita e mai creditori, anche se questa vigile e dolente coscienza si accompagna con atteggiamenti di grande dignità (Mancini 1982, 204). Tuttavia Dostoevskij non è per nulla compassionevole verso quei personaggi che sono affidati alla furia nichilistica della colpa e che sono, tra l'altro, i più perfidi.

3. Dostoevskij e il nichilismo

Dalle poche righe del dialogo tra il giudice istruttore e Raskòlnikov, tra le più note e citate, sembra evidente l'assonanza con il concetto di *Übermensch* formulato da Nietzsche tanto che lo stesso filosofo tedesco commentando la teoria di Raskòlnikov, scriverà: «l'unico psicologo dal quale io abbia potuto imparare qualcosa (Nietzsche 1983, 45)».

Ancora più singolare sembra il rapporto tra Dostoevskij e Nietzsche se si pensa all'evento che ha determinato il crollo mentale definitivo del filosofo tedesco. Il 3 gennaio 1888, Nietzsche, nei pressi della sua casa torinese, vede un cavallino adibito al traino di una carrozza fustigato a sangue dal cocchiere. Lo abbraccia e comincia a piangere, in seguito cade a terra urlando in preda a spasmi incontrollabili. Da questo episodio nascerebbe la degenerazione in follia della malattia mentale di cui il filosofo tedesco era affetto fin dalla gioventù. Il raccapriccio per un cavallo fustigato a sangue dal suo padrone è un tema che Dostoevskij, scrittore che Nietzsche stimava ed apprezzava molto, tratta ampiamente in *Delitto e Castigo*. Raskòlnikov racconta di aver fatto un sogno spaventoso. Egli sogna la sua infanzia ed una circostanza speciale attira la sua attenzione: presso l'entrata di un'osteria c'è una *teljèga*, uno di quei carri massicci a cui si attaccano i grossi cavalli da tiro e che servono a trasportare mercanzie e botti di vino. Ciò che lo colpisce è che alla *teljèga*, era attaccato una piccola rozza da contadini, scarna e di colore lupino. Dostoevskij fornisce una descrizione accurata della scena e dei particolari. «La cavallina non può che scalpitare, gemere e accovacciarsi sotto i colpi delle fruste che le battono addosso senza tregua, come chicchi di grandine [...]», finché penosamente non trova la morte. Ed ancora si legge: «[...] Babbo perché ... quel povero cavallino ... l'hanno ucciso?, chiese tra i singhiozzi. Poi gli venne a mancare il respiro e le parole gli scappano dal petto oppresso dalle grida». Il tremendo episodio termina con le urla di Raskòlnikov: «per grazia di Dio, non è stato che un

sogno!» (Dostoevskij 2002, 57 ss.), a testimoniare la drammaticità e la durezza della scena vissuta nel sogno.

Indubbiamente, Dostoevskij è legato al nichilismo. Nelle sue opere sembra emergere una velata contrapposizione tra comunità e nichilismo, come se l'una e l'altra si escludessero reciprocamente.

Non è un caso che nel 1880, Dostoevskij in un suo appunto arriverà a scrivere: «il nichilismo è comparso in mezzo a noi, perché noi siamo nichilisti» (Isvaldo 2000, 7). Egli crede, infatti, che il compito del poeta sia di cogliere un'idea decisiva nella sua profondità e realizzarla. Per lo scrittore russo, la rappresentazione di un'idea è particolarmente significativa, allorché compare presso l'umanità come idea nuova, e questo è il caso anche dell'idea del nichilismo (Lauth 2001, 80). Annunciare la distruzione, significa sperimentare una realtà in cui tutto è valido ed il risultato della manipolazione di tutte le idee e di tutte le relazioni umane è un completo immoralismo la cui conseguenza è perdita dell'identità, ostilità alla legge, indifferenza che porta alla distruzione (Ivi, 87).

Ma c'è di più, il rapporto tra Dostoevskij e Nietzsche sembra delinearci in maniera più stretta alla luce dell'analisi di uno dei personaggi del romanzo *Бесы* [*I Demoni*], Kirillov, il quale a dire di molti, rappresenterebbe il più imponente tentativo di conciliare *ethos* e *lex*. Kirillov è un vero *demone*, forse l'unico demone, in una banda di demoni. Dostoevskij dopo aver ideato tale figura la commenta così: «он думает действительно» [egli pensa veramente, pensa-vive], tanto che gli farà pronunciare: «è la primissima cosa. Vi sono due categorie: quelli che si uccidono o per una gran tristezza, o per la rabbia, o sono pazzi, o che so io... quelli si uccidono di colpo. Quelli pensano poco al dolore, ma si uccidono di colpo. Mentre quelli che lo fanno a mente lucida, quelli pensano molto» (Dostoevskij 1977, 115). Il demone è l'ingegnere nichilista, “imitatore di Cristo”, che si suicida per dimostrare l'inesistenza di Dio. La problematica che fa da sfondo ai *I Demoni* è la seguente: Come rendere tutti consapevoli della propria felicità? Come eguagliare il tutto a se stesso? La risposta di Dostoevskij è affidata al suo demone, Kirillov, che è oltre l'umano, è definito, per l'appunto, *человек-бoм* [uomo-dio].

Il paradosso di questo personaggio è quello di *di-mostrare* la bellezza del tutto, la sua felicità, la sua bontà, ma nel suo tentativo finisce per mostrare soltanto che anche l'atto che nega la Vita è per la Vita, dunque, solo la negazione della Vita (propria ma non quella altrui) sarà un inno alla Vita stessa. Solo allora sarà evidente che tutto è bene, anche la negazione di sé, che tutto è felicità, anche la morte, finendo per affermare la morte come elogio della Vita. Kirillov parla della felicità e del bene paradossalmente al futuro, in quanto non sa e non può amare l'odio, almeno, non oggi. Il futuro si erge innanzi al presente e lo condanna; così non è vero che tutti gli uomini sono felici e buoni e questo non sarà mai vero, perché anche dopo l'apocalisse di Kirillov il passato resta fuori dalla felicità-bontà del futuro “eterno presente” (Vitiello 2001, 66).

Ebbene, la sua sconfitta si chiama tempo ed è proprio il tempo che divide la *lex* dall'*ethos*, facendo sì che l'uomo-Dio fallisca. Kirillov rimane in disparte dal gruppo ed il suo suicidio è compiuto per fedeltà ad un ideale stravagante, il legame al suolo russo.

Egli è animato da una lucida follia ateistica che lo guida all'autodistruzione, come fosse un atto di suprema libertà. Anche Zarathustra ripeterà il medesimo esperimento del demone dostoevskijano, e l'esito non sarà diverso sebbene egli veda il futuro come ricompensa di tutti i frammenti del passato e l'*eterno presente* come profezia (*Ibid.*)³.

In *I Demoni* è presente dunque un tacito paradigma: «non esiste nulla che sia più bello, più profondo, più simpatico, più ragionevole, più perfetto di Cristo, e non solo non esiste, ma non può neppure esistere» (Dostoevskij 1994, XV/XVI).

Secondo Paul Valadier (2001, 15) se in Nietzsche il nichilismo sembrerebbe delinarsi in chiave tendenzialmente estetizzante, in Dostoevskij sembrerebbe affermarsi in chiave tendenzialmente religiosa. Il cristianesimo, tuttavia, è la base sulla quale entrambi formulano il loro nichilismo e per quanto affini possono essere le diagnosi, le prognosi sono profondamente diverse. Se caratteristica del pensiero nietzschiano è l'estrema complessità, quando si confrontano nichilismo e cristianesimo, in Dostoevskij il rapporto apparirebbe più lineare.

Nietzsche, a differenza di Dostoevskij, designa con il termine nichilismo il progressivo crollo del "Mondo degli ideali", cioè il crollo della volontà di credere ad una Verità che sia vera, che ha luogo in un momento difficilmente collocabile nel tempo, in cui la menzogna del mondo vero si manifesta e l'ideale riscopre soltanto la morte ed il nulla e così il mondo vero diventa favola (*Ibid.*)! Albert Camus, dopo aver letto *I Demoni* dirà: «Le creature di Dostoevskij, ora lo sappiamo, non sono strane, né assurde. Sono simili a noi, abbiamo lo stesso cuore. E se *I Demoni* è un libro profetico, non è solo perché rivela il nostro nichilismo, ma anche perché mette in scena anime lacerate o morte, incapaci di amare e dolenti di poterlo fare, che vogliono e non possono credere, quelle stesse anime che popolano oggi la nostra società e il nostro mondo spirituale» (Camus 2000, 299 ss.).

Lo stesso Dostoevskij spiegherà che ciò che lo interessa è l'uomo al limite, in quella zona di frontiera che sta tra il valore supremo e il nulla totale. Egli stesso, al riguardo, scriverà: «Quelli che vanno sempre all'ultimo confine, passano sempre il limite» (Dostoevskij 1994, 176).

Prima di approfondire questo aspetto irrazionale e nichilista che trova la massima esaltazione in *Братья Карамазову* [*I fratelli Karamazov*], è opportuno brevemente

3 In Così parlò Zarathustra (1976, 229) Nietzsche mette alla luce un ulteriore paradosso, dopo aver a lungo lottato "per avere un giorno le mani libere al benedire", Zarathustra sente di nuovo il fascino dell'odio. Così anche, in Nietzsche, continua a persistere l'oscillazione tra *ethos* e *lex* e l'apocalisse nietzschiana ripete, a suo modo, l'apocalisse di Kirillov.

accennare alla situazione storica russa ed europea che influenza, indubbiamente, la formazione del pensiero di Dostoevskij.

4. Dostoevskij e il nazionalismo slavofilo

Lo scenario della Russia dell'Ottocento si presenta governato da un vecchio regime autocratico zarista, responsabile – nel periodo tra Nicola I ed Alessandro II – di riforme la cui radicalità e tardività rispetto al resto dell'Europa si manifesterà molto lentamente. Per comprendere il clima di questo periodo bastano le parole di Aleksandr Ivanovič Herzen: «la vita cominciò a prorompere con sempre più forza dalle valvole strettamente serrate»⁴. Lo stato d'animo comune in Russia riflette la disperazione di tutti quelli che si pongono la domanda che fa da titolo al celebre romanzo di Nikolaj Gravičevič Černyščevskij: *Что Делать* [*Che fare?*], un elogio ad un ideale radicale, puro ed austero.

Il termine *нигилизм* [nichilismo], appare in Russia per la prima volta nel romanzo *Отцы И Сыны* [*Padri e Figli*] di Ivan Sergeevič Turgenev, pubblicato nel 1862 (2006), e viene utilizzato per indicare un conflitto generazionale: la rivolta radicale e distruttiva della nuova generazione, appunto i figli, contro il regime autocratico zarista - incarnato nella figura dei padri - , ideologia dominante, che sfocia in un importante movimento di ribellione sociale. Turgenev definisce nichilista il personaggio Bazarov, il quale dà corpo a un tipo di uomo e di atteggiamento, teorico e pratico, che va imponendosi nella realtà storica del suo tempo. Secondo Abbagnano (1988, 757), Bazarov, che appartiene alla generazione dei figli, incarna la figura del giovane ribelle che non crede in nulla, e che lotta contro l'ordine inveterato ed i vecchi principi dei padri; è "l'uomo nuovo" che sa di dover negare, di dover passare sopra i frantumi delle credenze e dei valori tradizionali, per poter avviare il cambiamento. Nella figura di Bazarov, scrive lo stesso Turgenev, «si compendia ai miei occhi quell'insieme di principi che fu chiamato poi Nichilismo. Della parola da me creata: "nichilista", si sono valse allora molti che non attendevano che l'occasione, il pretesto per arrestare il movimento da cui era trascinata la società russa» (*Ibid.*). Infatti, se in *Padri e Figli*, sembra riflettersi la condizione del suo stesso autore, ovvero di un uomo senza famiglia, senza fede e senza patria, le dimensioni del nichilismo russo non si arrestano a tale suo iniziale significato ma vanno ben oltre. Effettivamente il nichilismo diviene un fenomeno di portata che impregna l'atmosfera culturale dell'intera epoca. Muovendo dall'ambito delle discussioni filosofiche verso la società, si fonde a componenti anarchiche e libertarie, mettendo in moto un vasto e profondo processo di trasformazione. I teorici del nichilismo russo (N.A. Dobroljbov, D. Pisarev, S.G. Nečaev, M.A. Bakunin) si impegnano in una rivolta anti-romantica e anti-metafisica e dell'estetica tradizionali, considerate come "nullità", come illusioni che vanno dissolte (*Ibid.*).

4 Herzen scrive nella rivista propagandistica, da lui stesso pubblicata a Londra dal 1857 al 1867, «колокол» [La campana]. Si veda Enc. Univ., voce Herzen, Torino, 1970, vol. VI, p. 472.

L'elaborazione letteraria più alta della problematica del nichilismo, in Russia, tuttavia, giunge proprio con Dostoevskij.

Il rifiuto delle idee tradizionali religiose, morali, estetiche, politiche sembrerebbe portare Dostoevskij alla negazione della fatalità del male. Intorno a queste posizioni risultano evidenti le connessioni, ideologiche e politiche, con il successivo pensiero anarchico di Michàil Aleksandrovič Bakunin. In un clima di negazione integrale dell'ordine costituito, Dostoevskij ha il merito di aver affrontato aspetti nodali della vita e del comportamento sociale, tipici del mondo tradizionale russo: *обскурантизм, фанатизм, религиозный фанатизм, апатия, инертность*, [l'oscurantismo, il fanatismo, l'apatia, l'inerzia], anche se le soluzioni offerte possono presentarsi come confusionarie e semplificate.

Sembrerebbe, infatti, che proprio Dostoevskij rappresenti, in questo quadro storico, la via più proficua ed originale. Sebbene egli fosse portatore dell'assurdo, dell'utopia di una Russia incorrotta e cristiana, superiore a qualsiasi concezione socio-politica proveniente dall'occidente, la sua posizione risulta molto più di una semplice e forse anche banale riproposizione di vecchi argomenti riformisti-sovversivi, imperniati di socialismo, e di negazione dei valori tradizionali. Egli mostra la sua amata patria contaminata e irrimediabilmente dominata dai "demoni" scatenati nel mondo. I personaggi dostoevskijani si caratterizzano proprio per la loro natura demoniaca, di cui viene svelato il *fondo nascosto*, cioè il sottosuolo degli impulsi e degli atti psichici che Dostoevskij considera l'unico reale. Il lettore è quasi tentato a trattenerli dal loro eccesso di sincerità, non conoscono alcun freno nelle loro confessioni anzi si abbandonano ad esse, smascherano se stessi ed ostentano la loro intimità. Lo stato d'animo, dei personaggi dostoevskijani, messo in bella mostra varia dallo slancio di sincerità, allo scatto di ira e di vendetta, all'eccesso sfrenato di buffoneria; ma tale varietà è riconducibile proprio al *fondo nascosto*, così gli istinti, i desideri segreti, le tentazioni di un'idea pericolosa risultano ambigui, contraddittori, torbidi e tormentati.

Tuttavia il nichilismo dell'autore russo, che non costituisce semplicemente un fatto tecnico all'interno dei suoi maggiori romanzi, lo porta a sconfessare la sua stessa idea utopica, tanto da potenziare l'immagine di profeta in sede politica. Ma al di là di tali considerazioni, è essenziale ricordare, che Dostoevskij abbandona le idee socialiste abbracciate in gioventù, per sostenere il nazionalismo slavofilo. È lui stesso che in *Зимние заметки о летних впечатлениях* [Note invernali su impressioni estive], resoconto del suo primo viaggio ad ovest, riconosce all'Europa il ruolo di modello e di guida dello sviluppo scientifico, artistico e sociale della Russia, ma allo stesso tempo descrive la sua delusione rispetto alla cultura francese, del quale critica il socialismo razionalistico europeo alla *fourier* che impedirebbe la creazione di una comunità basata sulla fratellanza. In maniera del tutto icastica, addirittura sarcastica, sostiene la tesi secondo cui a causa della mancanza del principio di fratellanza, il socialismo occidentale non può che essere un mero e freddo calcolo razionale di quanto l'individuo dovrà sacrificare per la comunità e di quanto gli spetta in cambio di ciò. Sempre nelle

Note invernali su impressioni estive egli scrive: «per fare un ragù di lepre ci vuole in primo luogo la lepre. Ma qui la lepre non c'è, ovverosia manca una natura capace di fratellanza, che creda nella fratellanza, che di per se stessa aspiri alla fratellanza. In preda alla disperazione il socialista inizierà allora a costruire, a definire la fratellanza futura, ne calcolerà peso e misure, vi alletterà con l'idea di tornaconto [...] racconterà quanto profitto deriverà ad ognuno da questa fratellanza, quanto ci si guadagnerà, definirà il ruolo e le aspirazioni d'ogni singola personalità in essa, farà in anticipo il computo di tutti i beni della terra intera: quanta parte ne toccherà a ciascuno e quanto ognuno dovrà spontaneamente sacrificare alla comunità in cambio, a danno della propria personalità [...]», concludendo «in breve, il socialismo sarà anche possibile, ma solo non in Francia» (Dostoevskij 1993b, 72, 74). D'altra parte: «I russi devono scoprire la propria tradizione religiosa e i valori del proprio *ethos*, liberandosi del materialismo europeo» (Ivi, 12).

Ciò non significa disprezzo per l'Europa, ma solo che tali considerazioni rappresenterebbero una mera argomentazione a favore delle posizioni slavofili sostenute dallo scrittore russo. Infatti, ciò sembra apparire con maggiore chiarezza se si ci sofferma su un passo dell'opera *Дневник писателя* [*Diario di uno scrittore*]: «Oh, se sapeste, signori, quanto è cara a noi, sognatori – slavofili, l'Europa, quella stessa Europa che, secondo voi, noi odiamo, quel paese dei sacri prodigi! Se sapeste come ci sono cari quei prodigi, quanto amiamo e onoriamo le grandi stirpi che la popolano, e tutte le loro grandi e splendide opere» (Id., 1981, 243). Nella rivista che fonda con il fratello - *Время* [*Il Tempo*]- Dostoevskij piuttosto affida al popolo russo il compito di essere portatore di un'idea capace di conciliare e di superare tutte le idee che l'Europa sviluppa con tanta tenacia e coraggio nelle sue diverse nazionalità. Un'idea “russa” che incarna nel popolo russo [*русский народ*], il senso di una nazione sommamente originale, ancora tutta da forgiare traendo spunto dalle tradizioni, dai valori e dai sentimenti della propria cultura. Ed ancora, sulla stessa rivista scriverà che il suolo natio [*почва*] rappresenta i principi nazionali autentici, il folclore, le icone antiche russe, i costumi popolari, l'ortodossia. Predica la sintesi tra slavofilismo ed occidentalismo, tra tradizione e sviluppo (Belloli 2002, 118). Dostoevskij, così, ipotizza un legame tra l'animo umano e il suolo natio, esplicitando la profonda differenza morale tra cultura europea e russa. Ancora nelle *Note invernali su impressioni estive* scrive: «è possibile che esista una qualche combinazione chimica dello spirito umano col suolo natio, per la quale da questo suolo non ci si può staccare in alcun modo, e anche se ci si riuscisse, comunque ci si fa ritorno» (Dostoevskij 1993b, 15). Solo dal popolo russo potrà venire la parola del mondo nuovo. L'uomo russo è universale: capace di comprendere tutti gli stranieri, perché espressione sintetica dello spirito. Essere vero russo equivarrebbe quindi a diventare fratello di tutti gli uomini, allo stesso modo della Russia che rappresenterebbe l'unità tra Occidente ed Oriente. In definitiva, il popolo russo non sarebbe nato per lottare, ma per portare nel mondo la riconciliazione e il perdono (Belloli 2002, 119).

Nello scrittore russo, lo scontro tra noi e l'altro sembra tradursi nello scontro tra cittadino e straniero, cioè del lontano da noi, che sarà sempre concepito come diverso. La tematica dello straniero è percorsa dalla forte tensione tra opposti valori della purezza del *genos*, in quanto assume lo stereotipo della diversità. Lo straniero è visto come figura ambigua, portatore di ricchezza e di pericoli, ma allo stesso tempo è inquietante perché suscita sentimenti altrettanto polarizzati tra la diffidenza e l'ammirazione, l'impulso di chiusura e la volontà di stabilire un contatto (*Ivi*, 119). Altro non è che la logica dell'opposizione "medesimo" ed "altro", una relazione che svela in Dostoevskij un orizzonte che si dilata, rivelando paesaggi imprevedibili che, tuttavia, bisogna attraversare. Lo straniero, l'altro, diventa un personaggio scomodo perché porta in sé una realtà dalle molteplici implicazioni, che attrae e spaventa.

Ebbene, nella lingua russa, il termine "straniero" [*иностранный*] ha una suggestiva etimologia. È formato dall'assonanza del termine *иной* [altro], e dalla parola *страна* [paese, nazione], rimandando così a due categorie contrapposte, ma solo apparentemente. Lo stesso Dostoevskij occupandosi della delicata relazione che intercorre tra identità ed alterità, avrebbe intuito come nella lingua russa sia racchiusa una dialettica tra alterità ed estraneità, che svela la qualità del popolo russo di comprendere ed amare gli stranieri, divenendo portatore di un'idea universale di conciliazione dell'umanità⁵.

5. *L'esperimento intellettuale*

D'altro canto, la tematica sociale che fa da sfondo ai primi scritti dell'autore russo lascia il posto a quello che Lakšin (2005) ha definito "esperimento intellettuale", vale a dire la disperata ricerca del bene e l'incapacità di raggiungerlo, la compresenza del rimorso e del bisogno di espiazione con la conseguente difficoltà a diventare un veicolo di cambiamento della vita. Il risultato è che Dostoevskij: «non crede fino in fondo e in modo assoluto ad alcun sentimento e ad alcun impulso interiore, e cerca di verificarli, di vedere le possibili varianti, di provocare l'eroe a un'estrema sincerità. Per lui è come se non esistessero sentimenti integri e definitivi: tutto è temporaneo e fluttuante, tutto ha sotto di sé un "sottosuolo" inconfessabile. I moti fuggevoli della psiche, le supposizioni, le intuizioni e le tentazioni del pensiero sono portati da Dostoevskij alla logica conclusione, riversati in confessioni dirette e costretti a manifestarsi nell'azione. Entusiasmo, frustrazione, sfrenatezza [...] tutto è trasferito nella sfera del pensiero e del sentimento, delle emozioni segrete e degli "esperimenti intellettuali"» (*Ivi*, XVIII).

5 Si accosta alla posizione slavofila di Dostoevskij, l'amico filosofo Vladimir Sergeevič Solov'ëv, il quale legge nel pensiero dostoevskijano il messaggio cristiano dell'universalismo umanitario e di una forma di "ortodossia universale" che non coinciderebbero, però, né con il cristianesimo dell'interiorità morale, né con quello della ritualità esterna, ma solo con quello "dell'amore, del libero accordo e dell'unione fraterna" (Mancini 1982, 207 ss.). Dunque, secondo Solov'ëv, l'idea del panslavismo della fraternità universale nel segno del Cristo russo, sarebbe il vero tema e il vero messaggio di Dostoevskij, sebbene risulterebbe essere una sintesi troppo forzata.

L'analisi psicologica e religiosa prenderebbe così progressivamente vigore nelle opere dello scrittore russo, con la rappresentazione della straordinaria complessità dell'uomo. Il male è visto da Dostoevskij, come esperienza necessaria ed inevitabile, frutto di una colpa che genera sofferenza. Ed è proprio la tematica della sofferenza una delle chiavi di lettura di *Братья Карамазовы* [*I Fratelli Karamazov*].

Vi si parla di “sofferenza inutile” [*страдание бесполезный*] di “lacrima del bambino” [*слеза ребы*] per affermare la visione nichilistica del mondo affidata a Ivan Fëdorovič Karamazov, personaggio dotato di rettilinea e radicale lucidità. Come a breve apparirà evidente, per suo tramite, Dostoevskij delinea la “potenza della negazione”, da intendersi sia come negazione totale sia come rifiuto di salvezza.

Ferito dall'assurdità del mondo, Ivan Fëdorovič Karamazov si abbandona all'immoralismo, all'indifferenza etica, all'identificazione di sé con sé. Vengono meno gli aspetti più crudeli e dolorosi dell'identità personale, non ci sono dilemmi, drammi, angosce della vita e non si hanno più impedimenti, rimpianti, rimorsi, pentimenti. Secondo *il teorema di Ivan Fëdorovič Karamazov* non ci sono colpevoli della sofferenza, questa non deriva dal castigo per una colpa, ma è l'effetto di certe cause, secondo una legge di causalità che stringe tutti gli esseri di questo mondo in una concatenazione universale.

In particolare, la concezione della *sofferenza inutile* emerge durante un dialogo con il fratello Alësa, in cui Ivan affronta il tema dell'esistenza di Dio:

«Non è che non accetti Dio, intendi bene, questo punto: è il mondo da lui creato, questo mondo di Dio, che io non accetto e non posso piegarmi ad accettare.» [...] «Posto che tutti si debba soffrire, per comprare a prezzo di sofferenza la futura armonia, che c'entrano però i bambini, me lo dici tu per favore? È assolutamente incomprensibile perché debbano soffrire anch'essi e perché, essi, debbano comprare quell'armonia con le sofferenze. La solidarietà nel peccato, fra gli uomini, io la comprendo, e comprendo quindi la solidarietà anche nelle sanzioni, ma non già la solidarietà, nel peccato, con i bambini». (Dostoevskij 2005, 315)

A questo punto egli racconta di un bambino, di appena otto anni, figlio di una serva della gleba il quale lanciando una pietra colpisce la zampetta di uno dei cani del padrone, per questa ragione è fatto sbranare dalla sua intera muta, in presenza della madre. Ebbene tutto questo per Ivan Fëdorovič è inaccettabile, anzi, è immorale il rinvio della giustizia al tempo indefinito in cui tutto sarà svelato e perdonato. Da questo punto di vista potremmo affermare che la giustizia è nell'odio senza fine della madre verso il suo padrone, e si colloca nel male attuale non in un bene futuro. Nel romanzo si legge:

«Io non voglio, insomma che la madre s'abbracci col carnefice che ha fatto sbranare suo figlio dai cani! Essa non deve osare perdonargli! Se le pare, lo perdoni per proprio conto, perdoni pure al carnefice la propria immensa sofferenza materna: ma le sofferenze del suo bambino sbranato essa non ha il diritto di perdonarle, non oserà

perdonarle al carnefice, seppure il bambino stesso le perdonasse a costui! E se sarà così, se essi non oseranno perdonare, dove sarà dunque l'armonia? Esiste forse, in tutto l'universo un essere che avrebbe la possibilità e il diritto di perdonare?». (Ivi, 328)

Nonostante non sia mancato chi ha sostenuto che questa sembra essere la parte del romanzo più trascurata (Zagrebel'sky 2003b, 67), l'analisi della crudeltà umana attraverso la violenza inflitta ai bambini rimane un tema sensibile a nostro giudizio nell'opera dostoevskijana: «una belva non può essere mai crudele come un uomo [...] in ogni uomo si nasconde una belva; la belva dell'ira, la belva della lussuria, eccitata dagli urli della vittima, la belva delle passioni scatenate, la belva delle malattie contratte negli stravizi» (Dostoevskij 2005, 319). Tramite la stessa lo scrittore russo descrive la natura del male come interna e metafisica, non certamente esterna e sociale: l'uomo è *preda* del male, quasi per sua universale inclinazione; ciò tuttavia non ne esclude, anzi avvalorata la responsabilità (Mancini 1982, 192).

I temi della sofferenza inutile o delle lacrime del bambino sembrano rievocare episodi realmente accaduti nella vita dello scrittore russo. Quando il figlio Alëša, di soli tre anni, muore improvvisamente, a causa di un attacco di epilessia, peraltro ereditata da lui, Dostoevskij viene sollecitato dalla sua seconda moglie, Anija Grigorievna Dostoevskaja, a recarsi con un giovane amico filosofo, Vladimir Solov'ëv all'eremo di Optina, un luogo che ha fama di dar conforto a chi soffre. Probabilmente le parole di consolazione dette dallo starec Amvrosij a Dostoevskij sono le stesse messe in bocca nel romanzo allo starec Zosima nel II libro – non a caso intitolato *Le donne credenti* – de *I Fratelli Karamazov*, dove una madre fa partecipe lo starec del dolore per la morte del suo bambino, il quale ha la stessa età e porta il nome del figlio di Dostoevskij.

La stessa moglie di Dostoevskij pare confermarlo nelle sue memorie (2006, 246): «Molti dei dubbi, pensieri e anche parole mie di quel tempo si trovano ne *I fratelli Karamazov* nel capitolo “Le donne credenti”». Ed ancora scrive Anija Grigorievna Dostoevskaja: «Nell'eremo, Fëdor M. vide tre volte il celebre e venerato padre Amvrosij; una volta in mezzo alla folla e due volte solo; i suoi discorsi gli fecero una profonda impressione. Quando disse al padre della disgrazia accadutaci e che io ero ancora così straziata, il padre gli domandò se io fossi credente e, avuta una risposta affermativa, lo pregò di portarmi la sua benedizione. Le stesse parole dice lo starec Zosima, ne *I fratelli Karamazov*, alla madre addolorata» (*Ibid.*).

Attraverso un proprio travagliato percorso spirituale, che passa anche dalla vicenda autobiografica, commenta Solov'ëv (1991), Dostoevskij matura dunque una sua propria “filosofia della tragedia”, che non gli permette di impedire l'affiorare, nei suoi romanzi, del suo doloroso vissuto. Ciò non deve destare stupore, il genio di Dostoevskij si manifesta anche nella sua capacità di far nascere i suoi capolavori dalla semplice riflessione su eventi personali e non su fatti attuali.

Tutto il pensiero dostoevskijano ha come sfondo la questione etica, egli è dotato di una raffinata capacità, smonta ogni teoria, ogni idea, ogni convinzione. Ivan Fëdorovič Karamazov non nega Dio, in quanto crudele ma – com'è noto – arriverà ad affermare: *Se Dio non esiste tutto è permesso*, costituendo la *sofferenza inutile* un mero preludio. Egli si ribella ad un Dio ingiusto, *Nemo contra Deum nisi Deum ipse*, senza che in lui si possa porre la questione esistenziale⁶. Secondo Pareyson (1993, 667), Ivan Fëdorovič Karamazov veicola il mistero di un Dio che si nasconde nell'atto stesso in cui si rivela, per lasciare piena libertà all'uomo. Quando parla di libertà come arbitrio, Dostoevskij vi contrappone la libertà come scommessa. La libertà di scelta o diritto alla scelta non significa mera arbitrarietà e la filosofia non dà risposte ma apre la visione a possibilità, mettendo l'uomo di fronte alla responsabilità delle sue scelte.

Il problema non è l'esistenza di Dio ma l'esistenza del male. D'altra parte, se Dio punisse immediatamente il colpevole, o se salvasse il bambino, fermando la mano del carnefice, se non permettesse l'ingiustizia, dove sarebbe la libertà? Così, a dire di Zagrebelsky (2003b, 23), attraverso Ivan Fëdorovič, lo scrittore russo sottolinea la dimensione tragica della natura umana: nell'aspirazione alla libertà, che tuttavia si nutre necessariamente del bene e del male.

6. *Легенда О Великом Инквизиторе [La Leggenda del Grande Inquisitore]*

Ne *I Fratelli Karamazov* il male spinge a trasgredire la norma, sia essa legge morale, costume tradizionale o convenzione sociale. L'aspetto della consapevole infrazione e della trasgressione diventa l'affermazione della libertà illimitata e arbitraria contro il limite della norma. L'affermazione della libertà senza legge porta con sé la non distinzione tra bene e male, facendo nascere l'indifferenza per ogni valore. Scevra da alcun tipo di limite e di norme, la libertà e la volontà sono una grande forza abbandonata a se stessa e lasciata senza impiego e così la libertà assoluta, illimitata, arbitraria, incapace di distinguere il bene e il male, è negazione e distruzione che porta al capovolgimento di tutti i valori.

Ivan Fëdorovič Karamazov sostituisce il male al bene, predica la trasgressione e la violazione della legge e della morale. Egli è un uomo colto ed intelligente, e seppur professa che tutto è permesso nell'atto pratico non è lui ad agire ma è il fratello Smerdjakov, anima semplice, rovinato dal veleno della pura teoria intellettuale, che uccide prima il padre e poi senza rimpianto sé stesso. Sembra così che la libertà diventi gusto dell'infrazione, piacere della trasgressione e godimento della violazione della legge. La volontà è quella di fare il male per il male, divenendo l'affermazione più completa della dissoluzione della personalità, nel senso che l'azione del male nell'uomo non può che essere dissolvente e disgregatrice (Pareyson 1993, 678).

6 Come avviene, invece e diversamente, in Jean Paul Sartre, il quale afferma (2006, 79): «Se anche Dio esistesse non cambierebbe nulla».

Il parricidio è, secondo una nota concezione, il delitto primordiale sia dell'umanità che dell'individuo (Freud 1993, 1022). Diviene la fonte principale, seppure non l'unica, del senso di colpa. L'assassinio è opera di Smerdjakov, non di Ivan Fëdorovič Karamazov, ma anch'egli aveva con la vittima lo stesso rapporto filiale e pur non commettendo materialmente il delitto è il suo pensiero che uccide il padre, perché colpevoli sono tutti coloro che hanno desiderato quel delitto. È irrilevante sapere chi realmente ha eseguito l'omicidio, ciò che conta è chi lo ha voluto nel suo intimo, pertanto tutti i fratelli, ad eccezione di Alëša, sono ugualmente colpevoli. Così, Dostoevskij si propone di accusare il pensiero teorico. Solo una mente geniale, che ha messo a nudo una coscienza scettica e materialistica, che ha dubitato di Dio, che ha cercato la causa prima di qualsiasi perdizione dentro se stessi, poteva condurre a chiedersi se davvero possiamo accusare Smerdjakov del delitto commesso o se piuttosto non è Ivan che ha veramente ucciso (Lakšin 1993, XXVII).

Per Dostoevskij, la responsabilità di un'idea è più grave e più terribile della responsabilità di un'azione. L'autore russo toglie una parte di colpa a Smerdjakov, alleviando il peso del suo fardello ed addossa l'intera responsabilità ad Ivan Fëdorovič Karamazov, in quanto in lui è concentrata la concezione materialista, che culmina nella massima, "Tutto è permesso all'uomo-dio". Ed è proprio su questa frase terribile che Smerdjakov fonda il proprio diritto di uccidere il padre.

Ebbene, ciò non deve indurre nell'errore di pensare che dietro Ivan c'è l'idea e dietro Smerdjakov l'esecuzione; perché anche dietro quest'ultimo c'è l'idea, basata sul disprezzo del dolore altrui (*Ibid.*). Con l'affermazione "Tutto è permesso", Ivan Fëdorovič Karamazov, si tormenta oltre misura, oltre il limite della coscienza comune, per non aver impedito il parricidio: straziato moralmente diviene reo confesso in giudizio. Il lettore ha di fronte a sé il volto tragico di un uomo che si è tormentato oltre ogni limite nella ricerca della verità e non ha saputo trovar pace in una fede data, un uomo con la coscienza malata e dotato di una dialettica distruttiva (*Ivi*, XXX).

Smerdjakov è una delle grandi scoperte di Dostoevskij, pur essendo spietato nei suoi confronti sembra dimostrarsi indulgente nella spartizione della colpa per il delitto commesso. È questi infatti che per primo accusa Ivan dell'assassinio del padre. Mentre Alëša dirà: «non sei stato tu, non sei stato tu», Smerdjakov, in tono complice si rivolge al fratello dicendo: «il principale assassino [qui] siete voi, e nessun altro che voi, mentre io non ho avuto nessuna parte importante, seppure sono stato io che ho ucciso» (Dostoevskij, 1993a, 856-857). È quella "colpevolezza senza colpa", tanto cara a Dostoevskij in *Записки из Подполья* [*Memorie dal sottosuolo*]:

«Ma l'essenziale è questo: comunque la si voglia girare, vien fuori in tutte le maniere che sempre io risulterò il primo colpevole d'ogni cosa, e, ciò che fa più dispetto, colpevole senza colpa e, per così dire, secondo le leggi di natura». (*Id.* 2001, 70)

Anche dentro Smerdjakov, si è scatenato *un demone* che gli suggerisce un tacito consenso all'assassinio, istigando con gioia maligna la connivenza con Ivan Fëdorovič Karamazov. Ebbene, la tesi di Dostoevskij è quella di un'idea teorica fallace. Piuttosto *i demoni* si insidiano nell'uomo e lo conducono ad atti dissennati: il demone che è dentro Ivan Fëdorovič Karamazov ha infettato Smerdjakov.

Dostoevskij è dotato di una raffinata capacità decostruttiva, smonta ogni teoria, ogni idea, ogni convinzione. Il trionfo della ragione sugli istinti significa morte della libertà. Senza passioni malvagie, così come senza passioni buone, non c'è libertà. Vivere in un mondo perfettamente organizzato e razionalizzato equivale al freddo glaciale, alla tenebra assoluta, all'autodistruzione degli uomini (Lakšin 2005, XXXVIII). Come conciliare l'eterna aspirazione dell'uomo alla libertà con l'aspirazione al Bene? Questo è forse il principale dilemma insolubile di Dostoevskij.

La Leggenda del Grande Inquisitore rappresenta uno dei punti culminanti de *I Fratelli Karamazov*. Dostoevskij è più complesso dei suoi personaggi, per cui più drammatica ed esasperata è l'esperienza di Ivan Fëdorovič Karamazov quando immagina il poema in prosa della *Leggenda del Grande Inquisitore*.

Si tratta di un poema in prosa ambientato nella Siviglia del cinquecento. Davanti la cattedrale vi è una moltitudine di persone perché il giorno precedente, ordinato dalla Santa Inquisizione, c'è stato il rogo di centinaia di eretici. Cristo appare tra la folla che lo riconosce e lo implora di compiere miracoli, ed egli non si nega. Venuto a conoscenza di quanto accaduto, il Grande Inquisitore lo fa arrestare, per poi recarsi in prigione dove avrà luogo un confronto divenuto celebre. Nelle parole dell'Inquisitore, Cristo è un elemento di disturbo e scandalo, un portatore di incertezza. Per realizzare una felicità alla portata di tutti – umile, mediocre – non è necessaria la libertà o il libero arbitrio, ma regole rigide ed inflessibili. Cristo non può che essere destinato al rogo. La reazione di Gesù è soltanto un bacio, ma atterrisce a tal punto il Grande Inquisitore da far sì che questi lo rimetta in libertà (Dostoevskij 1993a, 330).

L'Inquisitore rappresenta colui che più ha amato la creatura come neppure il Creatore ha saputo fare. Ma il silenzio del prigioniero gli sottrae realtà! Non avendo risposta, né obiezione l'Inquisitore rende più serrato il suo discorso, cercando la coerenza nelle parole e nella coerenza dell'argomentazione quella realtà che sembra sfuggirgli. La saggezza del silenzio è di chi sa che tutto è fatto, detto, patito, vissuto non per noi, ma per gli altri. Noi non siamo all'origine di noi stessi, non scegliamo di essere buoni o malvagi, giusti o ingiusti; siamo irrimediabilmente espressione di finitezza. Non si sceglie tra imperativo morale ed inclinazione sensibile, tra volontà morale e volontà utilitaria. Siamo in presenza di un puro esistere: mera possibilità a nulla determinata, passività radicale, puro vuoto (Vitiello 2001, 68).

Il tema viene ripreso da Hannah Arendt (1990, 87) che in un confronto tra Dostoevskij e Melville, a proposito delle distinzioni bontà-virtù e malvagità-vizio, accosta alla figura

del Cristo della *Leggenda del Grande Inquisitore* quella di Billy Budd, il protagonista dell'omonimo romanzo di Melville. La storia è quella di un marinaio, presentato come un uomo totalmente buono, se vogliamo una sorta di Myškin, il quale per difendere il proprio onore da una accusa malevola, causa accidentalmente la morte di un superiore. Sebbene sia convinto dell'innocenza di Billy Budd, il capitano della nave si trova costretto a condannarlo comunque a morte ed agisce con una tale pietà ed un dolore non troppo distanti dalla passione del Grande Inquisitore. Billy Bud muore dicendo «Dio benedica il capitano Vere», quasi lo stesso bacio – intravede Arendt – dato da Cristo ne *La leggenda del Grande Inquisitore*.

Riprendendo l'affermazione su Dostoevskij di Sergej Nikolaevič Bulgakov, «la nostra mente malata», Maksim Gor'kij scrive di aver trovato nel personaggio di Ivan Fëdorovič Karamazov «una malattia della coscienza», definendo la sua concezione della vita come «amoralismo ateistico». Lo riporta Lakšin che nel ricostruire le varie fonti critiche dell'opera di Dostoevskij afferma: «È curioso il fatto che molte espressioni famose riguardanti la letteratura russa, la cui fonte non è stata individuata o è stata dimenticata, risalgono ai *Fratelli Karamazov* di Dostoevskij o al suo eroe». (Lakšin 2005, XI). Melchior de Vogüé, quando definisce la letteratura russa del XIX secolo come «cuore elevato», dominato dall'angoscia, cita le stesse parole che lo starec Zosima aveva usato per Ivan Fëdorovič Karamazov (*Ibid.*). Obolenskij, altro critico di Dostoevskij, interpreta Ivan Fëdorovič Karamazov come se egli aspettasse dalla vita soltanto «i pani», cioè i beni materiali, e come se il suo ideale fosse l'Inquisitore (*Ibid.*). Vladimir Ermilov e Michàil Gus, a mezzo secolo di distanza, hanno delineato l'itinerario spirituale di Ivan Fëdorovič Karamazov, come un passaggio dal massimalismo etico al nichilismo morale (*Ivi*, XII). Il personaggio dirà un'infinità di parole pericolose e sgradevoli. Di lui sono geniali la lotta, la ribellione, il rifiuto dell'armonia universale. Inaudita è la forza d'animo di un'anima ferita dalle sofferenze del mondo, dalle infinite lacrime degli umiliati e degli infelici, che lo spinge sull'orlo dell'abisso, verso l'ideale del nichilismo disperato, generatore di indifferenza (*Ibid.*). Nichilismo disperato perché provoca ribellione, un urto contro tutto il male del mondo.

7. Conclusioni

Nei romanzi di Dostoevskij, dunque, la narrazione è fortemente soggettivizzata. Gli eventi sono filtrati dalla coscienza dei personaggi, e questa presenta sempre zone oscure che determinano un pensiero ibrido e polivalente; i personaggi si muovono autonomamente rispetto allo scrittore russo. Secondo Bachtin (1968), si tratta di aspetti evidenti in tutte le opere, ma particolarmente in *Delitto e castigo*, che egli definisce come il primo grande romanzo polifonico, un romanzo cioè dove tutte le “voci” dei personaggi hanno il loro spazio, il loro ascolto, la loro autonomia, in una costante iterazione delle varie coscienze, delle quali nessuna si fa interamente oggetto di un'altra, in una pluralità che viene rispettata fino in fondo, senza alcun tentativo di fusione o

superamento dialettico nella totalità di una sola coscienza. Un grande romanzo di idee dunque, dove le idee non sono formazioni psicologiche individuali, con “*domicilio permanente*” nella testa di un solo personaggio, ma intersoggettive, e la sfera del loro essere è la comunione dialogica tra le coscienze. Le idee – sottolinea Bachtin – in Dostoevskij sono fatti vivi che si determinano nel punto di incontro tra due o più coscienze, posseggono non astrattezza teorica, non definitezza fonologica, bensì contraddittorietà e poliedricità in un costante confronto con l’epoca in cui i personaggi vivono. D’altronde tutti i suoi romanzi nascono da una riflessione su eventi presenti, che guidano la sua narrativa alla scoperta di una più profonda realtà, piuttosto che nel fantastico.

Siamo di fronte ad un’opera di etica pratica, di filosofia applicata alla realtà, e non ad un mero esercizio intellettuale, in cui alcune delle più importanti posizioni filosofiche, antiche e moderne trovano nuova vita proprio nei personaggi dostoevskijani.

Ed è proprio questo che si è tentato di dimostrare in queste «Brevi note sul pensiero di Dostoevskij»: attraverso la lettura dei romanzi di uno dei più grandi scrittori d’ogni tempo pare emergere luminoso quel legame da cui scaturisce la delicata, soffusa e controversa relazione tra letteratura e diritto. Forse sono proprio la complessità e la drammaticità del personaggio/pensatore, incarnatisi in Dostoevskij, che lo condurranno ad inoltrarsi, pioniere, negli abissi della coscienza, rivelando e svelando, al lettore ed ancor prima a se stesso, il binomio Bene-Male, inamovibile pietra angolare che nessuno è in grado di alterare. Attraverso le parole dello scrittore russo si penetra inevitabilmente il *sottosuolo* che alimenta le passioni e la razionalità di ogni uomo. Gli aspetti filosofici ed i legami tra essi e quelli giuridici sono, a mio parere, notevoli ed infatti Dostoevskij, esaltando l’individuo e la sua libertà, sembra assumere una dura avversione al positivismo razionalistico. Tutti i suoi personaggi amano appassionatamente, tra l’altro, anche il caos, la distruzione ed, alcuni, perfino il male, desiderando cose apparentemente assurde. Diviene pertanto condivisibile la riflessione di Pareyson, che ha modo di affermare «la concezione filosofica di Dostoevskij non è ottimistica perché non minimizza la realtà del male, ma non è nemmeno propriamente pessimistica, perché non afferma l’insuperabilità del male, anzi proclama la vittoria finale (escatologica!) del bene: essa è piuttosto una concezione tragica, che mette la vita dell’uomo sotto l’insegna della lotta fra bene e male: Satana lotta con Dio, e il loro campo di battaglia è il cuore dell’uomo; a tal punto che all’uomo non resta altra via al bene che un doloroso passaggio attraverso il male». (Pareyson, 1978, 1). Con grande finezza si svela al lettore la drammaticità della scelta: scegliere non è facile anzi è complicato, faticoso, costa sacrificio e, per quanto banale, la scelta tra Bene e Male una volta fatta non è costantemente valida perché cambiano le condizioni, le circostanze i contesti in cui agire. Non ci sono costanti ma solo un’infinità di variabili che rendono l’individuazione della regola (o della legge) molto più difficile e complessa.

Secondo l’opinione di Colombo la drammaticità della scelta tra Bene e Male sarebbe la base della costruzione del poemetto “Il Grande Inquisitore” da cui deriverebbe un dato modello sociale: «l’umanità è necessariamente divisa in due categorie: i pochi (le centinaia di migliaia in tutto il mondo) che si sono assunti il rischio di discernere, evidentemente pensando di essere in grado di farlo, i quali hanno il compito di

governare; le moltitudini (i milioni di milioni in tutto il mondo) che non sanno scegliere, non farebbero che soffrire se li si lasciasse liberi; che possono solo essere governati. Come si governa si è visto: gli strumenti sono il pane, il miracolo, il mistero e l'autorità» (Colombo 2010, 62). Se partiamo da tale riflessione, il legame tra diritto e letteratura appare, ancora una volta, essere strettissimo. Il modello sociale del Grande Inquisitore è quello di una società di diversi, di discriminati, di diseguali, dunque un modello sociale di tipo gerarchico – piramidale che acquisterebbe dignità filosofica e morale perché non si baserebbe sulla strenua ricerca del potere ma sul principio “per amore dell'uomo”. Secondo lo studio condotto da Colombo «La dignità filosofica e morale è data dalla nobiltà dei fini: chi governa è costretto a mentire, a mistificare, a soggiogare, a adulare, a usare la forza, ma tutto questo egli fa per la pace, l'armonia, la vivibilità dell'esistenza. E lo fa addirittura per rimediare a un errore di Dio» (Ivi, 66). Orbene, da un punto di vista strettamente giusfilosofico, circoscrivendo la riflessione al poemetto del Grande Inquisitore, Dostoevskij non solo ci offre una grande opera letterarie ma anche «un testo che è insieme un trattato di teologia politica (la funzione politica della religione) e di antropologia politica (l'atteggiamento dell'essere umano di fronte alla responsabilità del vivere insieme» (Zagrebel'sky 2009, 7). La libertà del mondo è messa a repentaglio dalle tre tentazioni offerte dal Demonio a Gesù nel deserto: quella del pane, a cui la Chiesa Cattolica cede in base alle parole dell'Inquisitore, quella del miracolo e quella del potere, che sembrano corrispondere perfettamente a quelle che Dumézil chiama “le tre funzioni” che reggono le società indoeuropee: economia, cultura, governo (Dumézil 1995, 1414). Se ci soffermiamo, invece, sul dato prettamente storico, il Grande Inquisitore rappresenta una sorta di profezia ed infatti, nei decenni avvenire, le società conosceranno il totalitarismo, tanto di destra quanto di sinistra.

Il fenomeno dello “sdoppiamento”, tanto caro allo scrittore russo, sembra mostrarsi con maggiore chiarezza in chi è profondamente malvagio. La forza distruttiva del male pare dividere nell'uomo il bene e il male e, proprio in tale sdoppiamento, si insinua ed agisce. È questo il caso, per esempio, di Stavroghin ed, almeno in parte, di Ivan Fëdorovič Karamazov che si sdoppia mediante l'agire immondo di Smerdjakov. Così, l'uomo del sottosuolo, afferma il principio della libertà individuale di fronte al male ed alla sofferenza; tale libertà si traduce anche nel diritto di decidere autonomamente di sprofondare nel sottosuolo, in cui si è immersi in una rabbia fredda, velenosa ed eterna. In questo contesto l'unica malattia è *l'ipertrofia della coscienza*, da cui si può guarire soltanto mediante una rigenerazione, come accade a Raskòlnikov che risorge attraverso la purezza d'animo di Sonja oppure si affonda inesorabilmente e senza speranza.

In questo lavoro si è tentato di mettere in luce come Dostoevskij abbia compreso, come pochi prima di lui e come nessuno dopo, il problema del male e della malvagità umana che vengono affrontati nella loro multiformità e nella loro conseguente inspiegabilità. Come non notare che anche il diritto racchiude dentro di sé una dimensione di cattiveria e di malvagità? Ciò emerge con forza tanto dal possibile paragone tra il diritto ed il più buono e puro dei fratelli Karamazov, Aleksej, che, come il diritto, non è buono fino in fondo, quanto, e principalmente, nella ricerca del diritto da parte degli *umiliati e della povera gente* che tenta, senza riuscirci, di trovare giustizia dovunque ed a tutti i costi,

persino per strada finendo invece, troppo spesso, per essere vittima di ciò che dovrebbe essere invece strumento di redenzione.

Dunque, sembra che nello scrittore russo l'affermazione del bene o se vogliono del giusto, debba necessariamente passare attraverso le tortuose vie del male e ciò mette in evidenza come egli dia una rappresentazione potente ed originale del male ed altrettanto parca del bene, pur riconoscendo ad entrambi una dimensione dialettica (Pareyson 1978, 3). Se ci si ferma alla superficie dell'animo umano, si potrebbe affermare che in ognuno esiste una forma di male legato alle passioni od ai vizi; ma se ci accingiamo ad andare oltre, si incontrerà una inestricabile ed inspiegabile forza malvagia che domina nelle anime di coloro che hanno subito profonde lacerazioni o fratture interiori. Quest'ultima forma del male si manifesta in coloro che sono dominati dalle passioni per le idee. Quali conseguenze ne derivano? Per rispondere a tale interrogativo, la lettura delle opere dostoevskijane ci viene in aiuto, infatti, l'irrefrenabile passione per l'idea domina nei romanzi di Dostoevskij, e proprio in ciò sembra celarsi il legame più complesso con il diritto: dietro ogni idea si nasconde una forma di morale e, dunque, anche una posizione giusfilosofica. Com'è noto il rapporto tra diritto e morale è da sempre un legame controverso e delicato e, mai risolto. Basti pensare che la teoria degli uomini straordinari formulata da Raskòlnikov, in specie l'idea di uccidere la vecchia usuraria per salvare e rendere felici più persone, ben potrebbe rappresentare un esempio di morale utilitarista ovvero perseguimento della felicità del maggior numero di persone riducendo così la morale a mero calcolo matematico o di utilità. Ma è moralmente giusto salvare più persone a discapito della vita di una sola persona, per giunta malata, vecchia e non più utile a nessuno? Può esistere la libertà senza legge e/o mediante la trasgressione ad una norma giuridica o finanche ad una norma morale? Il gesto delittuoso di Raskòlnikov sembrerebbe fornire una risposta positiva ed invece il delirio, la febbre, il tormento costante ed implacabile che ne seguono e la confessione finale dimostrano il totale fallimento di una siffatta etica utilitaristica e non solo, la libertà illimitata ed arbitraria, sganciata dal diritto, si manifesta come distruttiva e fine a se stessa. Sembra così che la dimensione del diritto offra alla libertà una propria dimensione morale mentre l'affermazione della libertà arbitraria ed illimitata conduca all'immoralismo ed al capovolgimento dei valori, primo fra tutti alla sostituzione tra male e bene. Ne discende così il rigetto dell'etica pienamente liberale, basata sull'assoluta libertà di scelta, un netto rifiuto per quell'etica che, usando le parole di Ivan Fëdorovič Karamazov, potrebbe definirsi del *“tutto è permesso”*, poiché sempre nefaste si dimostrano le conclusioni che si raggiungono in base ad essa. Se andassimo oltre la mera storia dei Karamazov, giungendo ad analizzare le conseguenze giuridiche della vicenda, potremmo constatare facilmente che la sfera del diritto e la sfera della morale, pur essendo connesse, non coincidono né tanto meno si sovrappongono. Ivan Fëdorovič Karamazov, è innegabile, si sente perso nel senso di colpa derivante dal parricidio consumatosi, ma è davvero colpevole e dunque perseguibile penalmente? Oppure la sua è solo una colpa morale? Dostoevskij sembra fornirci una straordinaria chiave di lettura, allorquando parla di *“colpevoli senza colpa, per così dire, secondo le leggi di natura”*.

Queste domande non sono che poche tra le tante che la lettura di Dostoevskij solleva nelle coscienze di ogni lettore, ma le risposte? Esse sembrano rimanere sospese e lasciate alla sensibilità individuale di ogni singolo lettore, ciascuno portatore e rappresentante di una propria visione giuridica, morale e sociale, titolare di una posizione classica od originale, di teoria del diritto, di diritto positivo o naturale e di filosofia del diritto, insomma, volendo utilizzare le parole di Nagel, “*uno sguardo da un nessun luogo*” idoneo, come forse nient'altro, a rappresentare un incontro idilliaco tra importanti problematiche giuridiche ed intramontabili tematiche letterarie, anche se forse in maniera straordinariamente emblematica, impegnativa e sofisticata.

Concludendo, queste brevi riflessioni hanno solo tentano, forse non riuscendoci, di evidenziare e di cogliere la straordinaria propensione delle opere letterarie dostoevskijane al mondo del diritto, dando così vita ad un incontro idilliaco tra le più grandi e principali tematiche e problematiche del diritto con il mondo letterario, anche se forse in maniera straordinariamente troppo emblematica, impegnativa e sofisticata.

8. Riferimenti bibliografici

- Abbagnano Nicola, 1998, voce *Nichilismo*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, p. 757.
- Arendt Hannah, 1990, *Sulla rivoluzione*, Milano, Comunità.
- Bachtin Michail Michajlovič, 1968, *Dostoevskij. Poetica e stilistica*, trad. it. a cura di G. Garritano, Torino, Einaudi.
- Belloli Paola, 2001, *Fenomenologia della colpa, Freud, Heidegger, Dostoevskij*, con saggio di A. Conte, Milano, Giuffrè.
- , 2002, *La concezione dello straniero in Fëdor M. Dostoevskij*, in *Lo Straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura*, a cura di R. Astorri e F. A. Cappelletti, Torino, Giappichelli.
- Berdjaev Nikolaj Aleksandrovič, 1977, *La concezione di Dostoevskij*, Torino, Einaudi.
- Camus Albert, 2000, *Il mito di Sisifo*, in *Opere*, Bompiani, Milano.
- Cantelli Chiara, 2002, *Introduzione a Fëdor Michàilovič Dostoevskij, Delitto e Castigo*, trad. it. a cura di V. Carafa De Gavardo, Roma, Newton.
- Centro studi Luigi Pareyson, 2001, *Nietzsche e Dostoevskij origini del nichilismo*, a cura di C. Ciancio e F. Vercellone, Torino, Trauben.
- Danilevskij Aleksander, 2001, *Dostoevskij e il romanzo neomitologico*, in *Nietzsche e Dostoevskij origini del nichilismo*, a cura di C. Ciancio e F. Vercellone, Torino, Trauben.
- Dostoevskaja Anija Grigorievna, 2006, *Dostoevskij mio marito*, trad. it. a cura di A. Milazzo Lipschütz, Milano.
- Dostoevskij Fëdor Michàilovič, 1977, *I Demoni*, trad. it. a cura di F. Gori, Milano, Garzanti.
- , 1981, *Diario di uno scrittore*, trad. it. a cura di E. Lo Gatto, Firenze, Sansoni.

- , 1993a, *I Fratelli Karamazov*, trad. it. a cura di A. Villa, Torino, Einaudi.
- , 1993b, *Le note invernali su impressioni estive*, trad. it. a cura di S. Prina, Milano, Feltrinelli.
- , 1994, *I Demoni*, trad. it. a cura di A. Polledro, con nota intr. di L. Giaccone Torino, Einaudi.
- , 1995, *Memorie da una casa di morti*, introduzione di M. Martini, trad. it. a cura di E. Carafa d'Andria, Roma, Newton.
- , 1997, *Taccuini degli anni 1872-1875*, in F. M. Dostoevskij, *Saggi*. Milano.
- , 2001, *Memorie dal sottosuolo*, trad. it. a cura di M. Martinelli, Milano, Rizzoli.
- , 2002, *Delitto e Castigo*, trad. it. a cura di V. Carafa de Gavardo, intr. di C. Cantelli, Roma, Newton.
- , 2004, *Преступление и Наказание*, Москва, Эксмо.
- , 2005, *I fratelli Karamazov*, trad. it. a cura di A. Villa, Torino, Einaudi.
- , 2010, *Il Grande Inquisitore*, trad. it. a cura di S. Vitale, con *Il saggio della libertà una riflessione* di Gherardo Colombo, Milano, Adriano Salani editore.
- Dumézil Georges, *Mythe et Épopée*, Gallimard, Paris, 1995.
 - Freud Sigmund 1993, *Dostoevskij e il parricidio*, saggio contenuto in F.M. Dostoevskij, *I Fratelli Karamazov*, trad. it. a cura di A. Villa, Torino, Einaudi.
 - Gide André, 1928, *Dostoevskij*, Paris, Plon.
 - Isvaldo Marco, 2000, *Introduzione. Lauth Lettore di Dostoevskij*, Istituto filosofico di Reinhard Lauth, Milano.
 - Lakšin Vladimir, 2005, *Il giudizio su Ivan Karamazov, Saggio introduttivo* in F.M. Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*, trad. it. a cura di A. Villa, Torino, Einaudi.
 - Lauth Reinhard, 2001, *I Demoni di Dostoevskij come esplicazione omoiotetica del nichilismo*, in *Nietzsche e Dostoevskij. Origini del nichilismo*, a cura di C. Ciancio e F. Vercellone, Torino, Trauben.
 - Ledig Gerhard, 1935, *Philosophie der Strafe bei Dante und Dostoevskij*, Weimar, Böhlau.
 - Mancini Italo, 1982, *Dostoevskij e la questione penale*, in RIFD, IV serie, LXI.
 - Moravia Alberto, 1998, *Dostoevskij e Tolstoj*, in *La pratica della Letteratura. Scrittori stranieri. Ottocento*, a cura di F. Sampogna, Ferraro, Napoli.
 - Nietzsche Friedrich W., 1976, *Così parlò Zarathustra*, trad. it. a cura M. Montinari, Milano, Piccola Biblioteca Adelphi.
 - , 1983, *Il crepuscolo degli idoli*, trad. it. a cura di di Ferruccio Masini, Milano, Adelphi.
 - Pareyson Luigi, 1978, *L'esperienza della libertà in Dostoevskij in Filosofia*, in riv. trim. nuova serie, anno XXIX, fasc. I, pp. 1-16.
 - , 1993, *Il male in Dostoevskij*, saggio contenuto in F. M. Dostoevskij, *I Demoni*, trad. it. a cura di A. Polledro, Torino, Einaudi.
 - Sartre Jean Paul, 2006, *L'esistenzialismo è un umanesimo*, a cura di M. Schoepflin, Roma, Armando.

- Solov'ëv Vladimir Sergeevič, 1991, *Il dramma della libertà. Saggi su Dostoevskij*, Milano, La casa di Matrëna.
- Strada Vittorio, 1998, *Così grande perché così "crudele"*, in *La pratica della Letteratura. Scrittori stranieri. Ottocento*, a cura di F. Sampogna, Ferraro, Napoli.
 - , 2001, *Presentazione di Michàil Michàjlovič Bachtin, Viaggio negli abissi di Dostoevskij*, apparsa sul *Corriere della sera*, 24 giugno 2001.
- Turgenëv Ivan Sergeevič, 2006, *Padri e figli*, trad. it. a cura di G. Pochettino, Torino, Einaudi.
- Valadier Paul, 2001, *Forme cristiane di nichilismo*, in *Nietzsche e Dostoevskij. Origini del nichilismo*, a cura di C. Ciancio e F. Vercellone, Torino, Trauben.
- Vitiello Vincenzo, 2001, *Dall'apocalisse di Kirillov al silenzio del prigioniero. L'etica moderna e il nichilismo*, in *Nietzsche e Dostoevskij. Origini del nichilismo*, a cura di C. Ciancio e F. Vercellone, Torino, Trauben.
- Zagrebelsky Gustavo, 2003a, *Giudici per diritto e per rovescio*, apparso su *La Stampa*, in data 26 marzo 2003.
 - , 2003b, *La leggenda del Grande Inquisitore*, a cura di G. Caramore, Brescia, Morcelliana.
 - , 2009, *Il Grande Inquisitore. Il segreto del potere*, Napoli, Editoriale Scientifica.

LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACUERDOS DE MEDIACION EN LA UNION EUROPEA. ALGUNAS REFLEXIONES.

ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO

Profesor asociada de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales, Derecho Comunitario e Instituciones de la Unión Europea. Especialista en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Málaga.
emarquez@uma.es

AUGUSTO PANSARD ANAYA

Profesor asociado de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales, Derecho Comunitario e Instituciones de la Unión Europea. Especialista en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Málaga.
apansard@uma.es

Universidad de Málaga.

RESUMEN: El sistema legal en España está experimentando un proceso de convergencia con los países vecinos de la Unión Europea. La Directiva 52/2008 sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles ha sido transpuesta recientemente por la Ley 5 /2012, de 6 de julio. Esta es la primera norma general sobre mediación civil y mercantil a nivel estatal, y se promulga cuando la mediación empiezan a ser considerada como una alternativa al procedimiento judicial o arbitraje, ya que implica un sistema de resolución de conflictos que puede ayudar a obtener la tutela judicial efectiva, dejando a los órganos jurisdiccionales como último recurso y convirtiendo al ciudadano en protagonista activo de la solución de su propio conflicto.

Este trabajo tiene como objetivo analizar las cuestiones relativas al acuerdo de mediación en la Unión Europea, su ejecutividad y efectos vinculantes, el procedimiento a seguir o la eficacia de los acuerdos alcanzados en el mismo.

La progresiva consolidación de la mediación entre los operadores jurídicos implica la reflexión sobre el modelo adoptado en nuestro sistema, ya que este método ha supuesto una gran mejora en todos los sistemas procesales de Estados miembros. Es necesario promover la cultura de la mediación para que esta institución a todos los sectores de la sociedad involucrados.

PALABRAS CLAVE: Resolución alternativa de disputas-mediación civil y mercantil, ejecutividad de acuerdos de mediación, Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012, de 6 de julio, cultura de mediación.

ABSTRACT: The legal system in Spain is undergoing a process of convergence with our neighboring countries in the European Union. Directive 52/2008 on mediation in civil and commercial matters has been recently transposed by the Law 5/2012, of July 6th. This is the first rule about civil and commercial mediation in the state level and it happens when mediation begin to be considered as an alternative to prosecution or via arbitration, as it involves a system of conflict resolution, that can help to get the right to judicial protection, keeping the Courts as a last resort and turning the citizen into active protagonist of the solution of their own conflict. This paper aims to analyze the questions about the mediation agreement in European Union, their enforceability and binding effects, the procedure to be followed or the effectiveness of the agreements reached therein.

The gradual consolidation of mediation between legal operators involves reflection on the model adopted in our system, because this method has meant a great improvement in all Member States legal system. It is necessary to promote the culture of mediation to bring this institution to all sectors of society involved.

KEY WORDS: Alternative dispute resolution, civil and commercial mediation, enforceability of the agreements reached, Directive 2008/52/EC, Law 5/2012, of July 6th, culture of mediation.

Sumario. 1. Introducción. 2.¿Cómo hemos llegado hasta aquí? 3. La mediación transfronteriza en la Directiva. 3.1. El elemento transfronterizo. 3.2. La ejecución y aplicación transfronteriza de los acuerdos de mediación. 4. Panorama de la mediación en los otros Estados miembros de la Unión Europea. La ejecutividad de los acuerdos de mediación. 5.- Balance crítico de la mediación: posibilidades y retos. 5.1. Las posibilidades de la mediación. 5.2. La ejecutividad de los acuerdos. 5.3. El impulso a la mediación.6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Los tratados originarios de la actual Unión Europea, instituyeron un ordenamiento jurídico que ha quedado integrado en el sistema jurídico propio de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones al crearse una comunidad jurídica¹ de duración ilimitada cuyo desarrollo era difícilmente imaginable en sus inicios allá por los años cincuenta del pasado siglo. El tránsito de las primitivas comunidades europeas a la que hoy conocemos como Unión Europea, consagrada en el vigente Tratado de Lisboa, parte de la consecución del objetivo declarado de constituir un “espacio de libertad, seguridad y justicia” en el que más de 500 millones de ciudadanos tengan garantizado su derecho a la libre circulación y el resto de las libertades y derechos recogidos en el tratado anteriormente referido así como en

¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. Y SALINAS DE FRÍAS, A. (2007). pags. 166 y ss. “*Bases de Derecho Comunitario Europeo*”. Málaga. Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga. Manuales.

el resto del acervo comunitario. La conciliación de conceptos que pudieran resultar antagónicos –como la libertad, la seguridad y la justicia- es uno de los grandes retos que debe afrontar el proceso de integración europea².

La realización de las libertades básicas del mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales) ha traído aparejada la necesidad de reforzar la cooperación entre los sistemas judiciales nacionales de los Estados miembros para lograr en un espacio único, el acceso a la justicia y la cooperación y coordinación entre autoridades judiciales. En pos de este objetivo numerosas normas han contribuido a armonizar y articular los sistemas judiciales de nuestro entorno, propiciando un entendimiento común del derecho a la tutela efectiva como pilar del estado de derecho, una de cuyas manifestaciones encontramos en los medios alternativos de resolución de controversias que tratan de asentarse en el entorno europeo.

Otro factor que los operadores jurídicos han de sopesar para la delimitación de los medios alternativos de resolución de controversias podríamos relacionarlo con la visión personalista del Derecho, avalada por la proclamación de los derechos fundamentales y el reconocimiento de capacidades jurídicas más allá de la consideración del individuo como mero destinatario de normas y obligaciones, concepción defendida por la doctrina³ incluso en el ámbito del Derecho Internacional, ordenamiento en el que tiene su origen el Derecho Comunitario. Esta visión permite abrir un nuevo sesgo en el que se equilibre la necesidad de resolver conflictos con el peso de los procedimientos y la administración, la persona sobre el rigor de la ley.

En este contexto se aprobaron diferentes normas en el contexto de diversas organizaciones internacionales de ámbito universal y europeo⁴, que sedimentan y allanan el camino a la

² MARTÍN MARTÍNEZ, M. (2011). “El espacio de libertad, seguridad y Justicia”. Pags. 369 y ss. En Alcaide Fernández, J.; Casado Raigón, R. y otros. “*Curso de Derecho de la Unión Europea*”. Madrid. Ed. Tecnos 2011.

³ Una de las explicaciones más elocuentes de esta visión personalista del Derecho la encontramos en la obra del Profesor CARRILLO SALCEDO, entre otras: “*Globalización y orden internacional*”. (2005). Sevilla, Universidad; “*La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*”, [y otros]. (2000) Madrid, Consejo General del Poder Judicial; “*Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después*.” (1999) Madrid, Trotta, D.L.; “*Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*”. (1995) Madrid, Tecnos; “*Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*.” (1994) Madrid, Tecnos; “*El derecho internacional en perspectiva histórica*.” (1991) Madrid, Tecnos.

⁴ A título ejemplificativo, podemos citar algunas normas internacionales y comunitarias:

- Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores. BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987.

- Convenio de Luxemburgo de 1967 sobre reconocimiento de resoluciones relativas al matrimonio, hoy sustituido por el Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

- Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (DO L 299 de 31.12.1972, p. 32). (Versión consolidada en el DO C

aprobación de la Directiva 2008/52⁵. Por lo que respecta a la mediación, el Consejo Europeo, en su reunión en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, hizo un llamamiento a los Estados miembros para que crearan procedimientos alternativos y extrajudiciales destinados a mejorar el acceso a la justicia en Europa. En el año 2000, el Consejo adoptó conclusiones sobre métodos alternativos de resolución de litigios de conformidad con el Derecho civil y mercantil declarando que el establecimiento de principios básicos en dicho ámbito era un paso esencial para permitir el desarrollo y correcto funcionamiento de los

27 de 26.1.1998, p. 1). El régimen de este convenio está actualmente sustituido por el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- Convenio Europeo de relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia (nº 105 del Consejo de Europa), Bruselas 20 de mayo de 1980. BOE núm. 210/1984, de 1 de septiembre de 1984.

- Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (86), de 16 de septiembre de 1986, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los órganos jurisdiccionales. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, Sec. I.

- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre reconocimiento, ejecución, cooperación y medidas de responsabilidad parental. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, Sec. I.

- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (98), de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar.

- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (99), de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en asuntos penales.

- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (2001), de 15 de septiembre de 2001, sobre mediación en asuntos entre autoridades administrativas y particulares.

- Reglamento 44/2001/ CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 12, 16.1.2001.

- Reglamento 2201/2003/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. DOUE L 338 de 23.12.2003. En su artículo 55.e) alude a la cooperación en el seno de la Unión Europea para facilitar la mediación.

- Reglamento 4/2009/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DOUE L 7/1 DE 10.1.2009.

- Reglamento 664/2009/CE del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos. DOUE L 200, 31.7.2009.

⁵ En su art. 6.2 la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 establece: “ El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano judicial u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.”

procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios en asuntos civiles y mercantiles, a fin de simplificar y mejorar el acceso a la justicia.

El 19 de abril de 2002, la Comisión Europea presentó un Libro Verde, donde se estudiaron las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, y, a través de la Directiva 2008/52 se armonizaron ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos, que debían estar incorporados al ordenamiento jurídico de los Estados miembros antes del 21 de mayo de 2011.

El legislador español, con el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo y la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha regulado la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto internos como transfronterizos. El pasado 27 de diciembre de 2013 se publicó el reglamento que desarrolla la mencionada ley. En la Comunidad Autónoma de Andalucía la Ley 1/2009, de 27 de febrero regula la mediación familiar. El Decreto 37/2012, de 21 de febrero aprueba el reglamento de desarrollo de la ley citada.

Por la situación de la justicia en España existe, en el ámbito civil y mercantil, y en otros ámbitos, una “necesidad” de mediación. Los particulares tienen derecho a reclamar el protagonismo que el marco legal les reconoce, independientemente de las ventajas que los sistemas alternativos de resolución de controversias puedan generar a nuestras colapsadas administraciones judiciales. Tanto los órganos jurisdiccionales como los profesionales se están formando para satisfacer esa necesidad, y para articular este derecho, concreción de la tutela judicial efectiva, aunque todavía no existe una demanda intensa de mediación, que deberá surgir de los propios interesados una vez tengan una información adecuada.

Por ello, una vez que contamos con el desarrollo normativo que se ha generado a impulsos de la Unión Europea, es necesario dar a conocer esta institución y los efectos beneficiosos que implica aunque no todos los conflictos son aptos para ser resueltos a través de la mediación. En algunos de ellos, será suficiente la negociación, y, en otros, resultará imprescindible acudir a la vía jurisdiccional o al arbitraje, para que un tercero decida sobre el conflicto si las partes no son capaces de resolverlo por sí solas, ni con la ayuda de un tercero, neutral e imparcial, el mediador. Junto a la necesidad de difusión de este medio alternativo, parece adecuado reflexionar sobre alguno de sus aspectos fundamentales.

2.- ¿Cómo hemos llegado hasta aquí?

La libre circulación de personas (junto con la de capitales, bienes y servicios) es uno de los derechos básicos que se reconoce a los ciudadanos de la Unión Europea en virtud de los Tratados Comunitarios. Para su efectividad y garantía resulta imprescindible la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia exento de fronteras internas. El concepto de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde su creación. Inicialmente se configuró de la mano de la libre circulación de bienes y mercancías, necesaria para el establecimiento de un “mercado común” a través de la supresión de aranceles. En relación a la libertad de circulación de personas, en aquellos momentos iniciales, las personas se concebían como operadores “económicos”, trabajadores o proveedores de servicios. El

giro copernicano viene de la mano del Tratado de Maastricht que introdujo el concepto de “ciudadanía” de la Unión para toda persona que tuviera la nacionalidad de un Estado miembro, asociándose a dicha ciudadanía el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros además de algunos derechos políticos. Los tratados sucesivos avanzaron en esta dirección hoy confirmada en el Tratado de Lisboa.

Actualmente, la libre circulación de personas se regula principalmente mediante la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, norma que encuentra obstáculos y retenciones agravados por la situación económica de nuestros días.

Junto a la libre circulación de personas se consagra la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y reforzadas jurisprudencialmente, a fin de asegurar la movilidad de empresas y profesionales en la UE. Los trabajadores por cuenta propia y profesionales o personas jurídicas, tal como se definen en el artículo 54 del TFUE, establecidos legalmente en un Estado miembro, podrán ejercer su actividad de forma estable y continua en el territorio de otro Estado miembro (libertad de establecimiento, artículo 49 del TFUE) u ofrecer y prestar sus servicios en otros Estados miembros de forma temporal aun cuando permanezcan establecidos en su país de origen (libre prestación de servicios, artículo 56 del TFUE).

El tráfico jurídico y mercantil que este marco jurídico ha propiciado exige la eliminación de cualquier discriminación por razón de nacionalidad para la garantía de estos derechos, y la armonización de las normativas nacionales. Los obstáculos a las resoluciones o actos administrativos que conlleva este espacio sin fronteras dificultan el ejercicio de estas libertades, por ello resulta imprescindible la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.

En virtud de lo anterior resultó imprescindible para las instituciones europeas propiciar el necesario reconocimiento, y consiguiente ejecutividad, de todos aquellos títulos con fuerza ejecutiva en el estado miembro en el que fueran dictados, ya sean judiciales o extrajudiciales. Se conseguiría, de esta forma, acelerar y simplificar el acceso a la ejecución en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya dictado una resolución, eliminando actuaciones intermedias para la ejecución como venía siendo el caso del *exequatur*. La posibilidad de que una decisión judicial o, en general, un título ejecutivo, pueda ser directamente aplicado en toda la Unión Europea garantizaría los derechos subjetivos en todo el ámbito europeo, espacio de libertad, seguridad y justicia. Las facilidades para la movilidad de personas y bienes no se verían obstaculizadas por las administraciones de los Estados miembros. Numerosos convenios y normas internacionales anteriormente referidas habían abierto camino.

Concebir una suerte de “administración única europea” para la fluidez del tráfico jurídico y mercantil en la Unión tropieza, choca, desde luego, con las concepciones clásicas sobre la soberanía estatal. La función jurisdiccional y la fe pública se encuentran entre lo que

podríamos considerar “material sensible” puesto que la fe pública y el *imperium* se presentan como prerrogativas propias del Estado.

Aún contando con lo anterior las ventajas del mercado interior sostenido por el “espacio único europeo”, referido en la introducción, se plasman en algunos logros destacables, como es el caso de los títulos crediticios europeos, lo que permite pensar que este planteamiento es aplicable no sólo a las relaciones derivadas del tráfico mercantil. El Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, creó un título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados. Es la primera norma que prescinde en el marco europeo del *exequatur*. La tradicional exigencia de homologación judicial para la efectividad de un título ejecutivo se sustituía por un principio de confianza en la autoridad administrativa de los Estados miembros de la Unión Europea, los órganos jurisdiccionales de aquél en que la resolución debiera ejecutarse no necesitaban revisar el cumplimiento de las normas mínimas procesales.

Igual que en el ámbito estrictamente mercantil se avanza, de forma paralela se debate sobre la necesidad de implantar y armonizar los medios alternativos de resolución del conflictos en los que las partes buscan dar satisfacción a sus intereses sin necesidad de la intervención de la administración de justicia, aun entendiendo que esta capacidad de las partes deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, más eficaz si se descarga de aquellos asuntos que las partes deciden solventar por si mismas. Para que estas soluciones sean eficaces y no necesiten homologación en el resto del territorio de la Unión los acuerdos entre las partes han de dotarse de eficacia transfronteriza y, evidentemente, ejecutividad en todo el ámbito europeo.

El primer movimiento en este sentido lo encontramos en el ámbito de las relaciones familiares, la Recomendación nº R (98) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, adoptada el 21 de enero de 1998. El Comité Económico y Social Europeo aprobó el Dictamen de 11 diciembre 2002, sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁶. El Dictamen dejaba bien claro que las ADR (“*Alternative Dispute Resolution*”) no constituyen un medio de sustraerse a la justicia, sino una opción libremente consentida por las partes. Ofrecen a las partes un procedimiento alternativo, a la vez que se preserva su derecho fundamental de a la tutela efectiva de los tribunales.

La promulgación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos

⁶ LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión). Bruselas 19.04.2002 COM (2002) 196 final. Este documento reconoce explícitamente que “una de las razones del desarrollo del las ADR es de carácter práctico y coyuntural: las ADR constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países”. El texto reconoce la eficacia de las iniciativas en materia de consumo, relaciones familiares, tráfico mercantil, comercio electrónico... califica a las ADR como instrumento de la paz social. La eficacia jurídica del los acuerdos logrados mediante un procedimiento de ADR autorizado pueden tener carácter ejecutivo según el texto de la Comisión.

de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, plasma en un texto legal las inquietudes referidas, puesto que con anterioridad las puesta en práctica de ADR se enmarcaba en iniciativas particulares de los Estados miembros. El instrumento legal elegido para instrumentar la mediación se caracteriza por tener como finalidad crear una “obligación de resultado”; a saber, obliga a los destinatarios a conseguir un determinado objetivo en un plazo dado dejando a cada sujeto obligado libertad para elegir los medios y forma adecuados para su consecución y alcanzar el cumplimiento de la obligación que la norma crea.

Nuestro país, en el contexto del Plan de Modernización de la Justicia, aprobó el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, posteriormente se aprobó la Ley 5/2012, de julio de 2012 que conservó el articulado de la norma primeramente referida. La norma española aprovecha la transposición de la norma comunitaria sobre mediación transfronteriza para regular de forma general la mediación civil y mercantil, de modo que el cumplimiento de la obligación internacional propicia importantes avances legislativos. Al regular en el título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos se incluye la ejecución de acuerdos transfronterizos cuyo cumplimiento haya de efectuarse en otro Estado distinto de aquel en que se adoptó.

3. La mediación transfronteriza en la Directiva

3.1. El elemento transfronterizo.

El art. 2 de la Directiva 2008/52/CE, considera «litigio transfronterizo» a aquél en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que estén domiciliadas cualquiera de las otras partes a las que afecta, cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a ella según la ley aplicable. También se considera transfronteriza la mediación prevista o resuelta por acuerdo, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias, se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto. A diferencia de lo que ocurre en España, el domicilio y la residencia habitual pueden ser dos lugares distintos.

El domicilio se determinará, según el art. 2.3 de la directiva de conformidad con el Reglamento (CE) n.º44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determina de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento 44/2001:

- Art. 59: Para determinar si una parte está domiciliada en un Estado miembro, ya sea en el que se celebre la mediación o en otro, se aplicará la ley interna de dicho Estado.

- Art. 60. Se entiende que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; y c) su centro

de actividad principal.

La ley española, al transponer la directiva reproduce en su artículo 3 lo dispuesto en la norma comunitaria sin aludir al concepto de residencia habitual.

3. 2. La ejecución y aplicación transfronteriza de los acuerdos de mediación.

El considerando 19 de la Directiva establece que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes; por lo que los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva, salvo cuando su contenido sea contrario a la legislación, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo por la índole del mismo.

El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, exigencia propia del espacio de libertad, seguridad y justicia que define el Tratado de Lisboa como indicábamos al inicio de este trabajo.

El carácter ejecutivo de los acuerdos alcanzados se regula en el artículo 6. El mismo empieza exigiendo en su apartado primero que los Estados miembros garanticen que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. Hemos de considerar que una de las partes podría impedir la ejecución si se opone a aceptar dicha solicitud, podría haberse contemplado la posibilidad de prever en el acuerdo inicial la obligatoriedad de dar carácter ejecutivo al acuerdo alcanzado a petición de una de las partes intervinientes en la mediación, creemos que esto no contravendría el principio de voluntariedad, puesto que de lo contrario se deja la ejecución en manos de quien puede acabar paralizando el procedimiento. Tras el acuerdo de voluntades debería facilitarse la ejecución, previamente establecida en documento, para evitar convertir el proceso de mediación en un expediente dilatorio.

En otros ámbitos de los negocios jurídicos disponibles entre privados se introducen cláusulas en las que se permite a uno de los intervinientes solicitar la elevación a público de los acuerdos alcanzados, permitiéndose la realización de los actos legalmente necesarios para posibilitar la ejecución de los pactos.

Reconocida fuerza ejecutiva, el pacto podrá ser reconocido y ejecutado en otros Estados

miembros de la UE. El considerando 20 establece que el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro “debe ser reconocido y declarado ejecutivo” en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación europea o nacional aplicable. La ley española contempla dos posibles situaciones.

3.3. a. Art. 27.1; acuerdos que han adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero.

Puede ser el caso de un Estado perteneciente o no a la Unión Europea. Y en estos últimos casos, distinguiremos si el tercer estado ha ratificado o no la Convención de Lugano.

En el caso de Estados de la Unión Europea (excepto Dinamarca, que no ha firmado la Directiva) se reconoce su ejecutividad automáticamente, sin necesidad de *exequátur* o procedimiento de homologación. Cada Estado obligado por la norma comunitaria ha de comunicar la autoridad o autoridades a las que atribuye capacidad para dotar de fuerza ejecutiva a resoluciones o documentos. En 2016 la Comisión de la Unión Europea verificará el grado de cumplimiento de esta obligación incumplida en bastantes supuestos como expondremos en los epígrafes siguientes⁷.

Si uno de los Estados relacionados con las partes mediadas no fuere miembro de la Unión Europea, o no lo fuere ni el Estado en el que dicta el acuerdo y ni aquél en que pretenda ejecutarse, habremos de acudir a la Convención de Lugano II de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 339, 21.112007). En el artículo 38, se establece que las resoluciones dictadas en un Estado vinculado por este Convenio que allí fueren ejecutorias “se ejecutarán en otro Estado vinculado por el presente Convenio cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución en este último”.

En su Anexo II, se contiene un listado de tribunales y autoridades de los Estados signatarios del Convenio que tienen competencia funcional para tramitar la solicitud de ejecución. La competencia territorial corresponde al lugar del domicilio del ejecutado o donde deba llevarse a efecto la ejecución (art. 39). En España será el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio el ejecutado o donde deba llevarse a efecto la ejecución.

Lugano permite la solicitud de ejecución a instancia de cualquiera de las partes, sin que sea

⁷ En línea https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. Consultada el 5 de mayo de 2014. Esta página sobre información acerca del panorama de la mediación en la Unión Europea está elaborada por la Comisión. No obstante cada Estado miembro realiza el mantenimiento de la versión de esta página, siendo exclusivamente estos los responsables de las indicaciones que en la misma se contienen. La información sobre las autoridades competentes para dar carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación no está actualizada en todos los casos, puesto que no todos los miembros han facilitado la información correspondiente. Nos ceñimos a la información disponible a la fecha de realización del presente trabajo

presupuesto necesario la voluntad coincidente de todas ellas, según se establece en su artículo 4, párrafo 2, que permite a toda persona, sea cual fuere su nacionalidad, domiciliada en un Estado parte en el Convenio, invocar contra un demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado, las reglas de competencia judicial vigentes en el mismo y, en particular, las previstas en el Anexo I.

El artículo 41 del mismo instrumento obliga a proceder automáticamente a la ejecución, cumplimentados los trámites previstos en el artículo 53, sin necesidad de examen previo en virtud de lo estipulado en los artículos 34 y 35, el automatismo implica que la parte contra la cual se solicitare la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones. En relación con los documentos públicos, el Convenio reconoce carácter ejecutivo a los documentos públicos extendidos en cualquier Estado signatario siempre que tuviese igual carácter en el Estado de origen, exceptuándose únicamente de este que tuviere aparejada la ejecución, siempre que no sea contrario al orden público, del mismo modo que se contempla en la Directiva europea sobre mediación.

Cuando se pretende la ejecución de un título procedente de un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni signatario del Convenio de Lugano, será aplicable el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en virtud de lo establecido por la Ley Orgánica 1/2000, de Enjuiciamiento Civil: será necesaria la apostilla y traducción, siendo competente el Juzgado de Primera Instancia para su homologación.

3.2.b. Art. 27.2: acuerdos que no han adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero.

En este supuesto sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. Podemos pensar en acuerdos que se hubieran alcanzado mediante procedimientos o medios a los que no se les confiere fuerza o carácter ejecutivo en el Estado de origen donde se llevaron a cabo. El acuerdo de ser elevado a escritura pública.

En este supuesto el inicio del cómputo de los cinco años previstos para el ejercicio de la acción ejecutiva coincidirá con la fecha en que adquiera fuerza ejecutiva en España, a saber, desde la elevación a público, momento en que se puede ejercitar la acción procesal oportuna.

4. Panorama de la mediación en los otros miembros de la Unión Europea. La ejecutividad de los acuerdos de mediación.

Un breve recorrido por las opciones de los Estados de la Unión, con una amplia variedad de situaciones, nos puede ilustrar en orden a las posibilidades de los ordenamientos jurídicos para la implementación en ellos de los medios alternativos de resolución de conflictos, en nuestro caso la mediación.

Encontramos algunos miembros, como es el caso de Bélgica, Polonia, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia en los que se constata mayor arraigo de la institución de la mediación, puesto que junto con los procedimientos en materia civil y familiar, mercantil y, en algunos casos laboral, se utiliza también la mediación en el ámbito penal, sector en el que creemos que se demuestra la apuesta decidida por la institución. En el caso de la República Checa se legisla en el año 2000 sobre mediación penal y hasta el 2012 no se regula la institución en los asuntos civiles.

En algunos casos constatamos desarrollos normativos anteriores a la Directiva comunitaria de 2008, lo que nos lleva a concluir que la tradición mediadora ya ha recorrido algún trayecto. La mediación estaba prevista en el Código de Procedimiento Judicial de Suecia, siendo un expediente obligatorio en algunos supuestos. Las reformas procesales en Holanda para coordinar los procedimientos con los métodos alternativos de resolución de controversias en el ámbito civil empiezan en el año 1986. En Lituania la mediación y la conciliación entran en el procedimiento civil de la mano de reformas del año 1996, aunque desde 2008 cuenta con legislación específica en materia de mediación civil. De la misma forma que ocurre en Estonia, en 1999 ya contaba con regulación que sería posteriormente adaptada a las exigencias comunitarias, lo que muestra que la mediación no tiene, en origen, una entidad muy diferenciada de otros medios alternativos de resolución de controversias.

Hungría en el 2002 legisla sobre mediación. Austria cuenta con medidas legales para regular la mediación desde el año 2003. En Bulgaria, Eslovaquia, Irlanda y Malta se legisla en el año 2004, procediéndose a una reforma en 2010 para adaptar su normativa a las exigencias comunitarias. La legislación belga data de 2005, y abarca el ámbito civil, incluyendo relaciones familiares, mercantil, laboral y penal. Polonia, que contaba con instrumentos procesales para implementar métodos alternativos de resolución de conflictos, reforma el procedimiento en esa misma fecha y Finlandia promulga leyes para regular la mediación en ese año. Rumanía en 2006 cuenta con previsiones legales para la mediación, incluida la mediación penal como referimos anteriormente.

Tras la entrada en vigor de la Directiva, Polonia y Eslovenia desarrollan instrumentos normativos en 2009, Italia y Grecia en 2010, Francia en 2011, con una transposición similar a la española, puesto que regula conjuntamente mediación nacional y transfronteriza. La República Checa, Luxemburgo y Alemania cumplen con la transposición en 2012. En el caso de Grecia cabe destacar que ya tenía prevista la mediación en los casos en que hay víctimas de violencia doméstica (Ley 3500/2006), nótese que es un ámbito proscrito para la legislación española.

En los países anglosajones la negociación y la resolución por acuerdo entre las partes forman parte de la cultura jurídica existente. En el caso de Inglaterra y Gales la mediación no se encuentra regulada por ley. En el marco familiar, la mediación se realiza voluntariamente por las partes, si bien se incentiva su uso. Escocia utiliza sistemas de resolución alternativa análogos a los de Inglaterra y Gales.

En algunos supuestos nos encontramos con ausencia de previsiones legales en materia de mediación, como es el caso de Chipre o de Letonia, aunque se emplea en algunos supuestos

la mediación está aún en sus inicios.

Dinamarca, como expusimos anteriormente, no ha suscrito la Directiva 2008/52/CE. Al ser signatario del Convenio de Lugano los documentos públicos con fuerza ejecutiva en origen, tendrán fuerza ejecutiva, a instancia de parte, en cualquier otro Estado vinculado por el mismo Convenio, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes de dicho instrumento internacional. Solo desestimaré o revocará la misma cuando fuere manifiestamente contraria al orden público.

Aún al margen del sistema diseñado por la Directiva, posee una intensa normativa interna en materia de mediación civil y penal. La mediación privada no está legalmente regulada y sus costes serán de cuenta de las partes.

El caso italiano merece algún comentario por las particularidades que se aprecian en la transposición de la Directiva. El derecho comunitario fue transpuesto en Italia mediante el Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de marzo de 2010, adelantándose en más de dos años a la norma española reguladora de la materia. Las autoridades italianas con la intención de reducir la carga de trabajo en los juzgados, adoptaron inicialmente la mediación obligatoria previa lo que suponía la posibilidad de inadmisión de la demanda en materia de derechos reales, divisiones, sucesiones, alquiler y comodato, alquiler de una empresa, pactos de familia, responsabilidad médica, difamación por medio de la prensa y contratos de seguro, bancarios y financieros.

Con posterioridad se ha declarado la inconstitucionalidad del decreto de transposición alterando sustancialmente el escenario descrito. El Tribunal Constitucional, en octubre de 2012, declaró que el Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de marzo de 2010, incurría en un exceso de la delegación legislativa, en la medida en que establecía la obligatoriedad de la mediación. Las recomendaciones dirigidas a Italia por la Comisión Europea el pasado mes de mayo de 2013, destinadas a simplificar la carga administrativa de empresas y particulares, instando a acortar la duración de los procedimientos civiles, reducir el alto nivel de litigios civiles y promover el uso de los procedimientos judiciales alternativos podrían suponer la vuelta a la mediación obligatoria en el derecho italiano. En Italia la mediación es facultativa, a instancia del juez o en virtud de una obligación prevista en el contrato entre las partes.

Como particularidad, cabe destacar que la regulación italiana permite al mediador formular una propuesta de acuerdo, a instancia de parte o por propia iniciativa en el supuesto que no sea posible alcanzar un acuerdo (art. 11). De hecho, se permite al juez condenar en costas a la parte que gana el juicio en el caso de que el contenido del fallo coincida con la propuesta de acuerdo que había sido formulada por el mediador y rechazada por la parte ganadora del pleito (art. 13.1), una apuesta decidida por la figura del mediador. Italia deja exento de tasas y costas el procedimiento de mediación como medida para incentivar su utilización en un sistema colapsado.

Respecto a la obligación de comunicar a la Comisión los órganos que en cada Estado miembro están capacitados para dar ejecutividad a los acuerdos de mediación, no consta en

la información oficial de la Unión Europea que este trámite haya sido cumplimentado por Bélgica, Bulgaria, Chipre, Letonia, Malta, Polonia, Rumanía, Finlandia y Escocia. Para dar ejecutividad a los acuerdos de mediación el resto de los destinatarios de la Directiva han optado por la homologación de los acuerdos en sede judicial o por su elevación a documento público mediante acta notarial. El juez podrá, al igual que ocurre en España, rechazar la homologación del título en caso de que el acuerdo sea contrario al orden público. Cabe destacar que en el caso de Grecia la Secretaría de Primera Instancia del partido o lugar en el que se celebró la mediación será la autoridad competente a los efectos de cumplimiento del artículo 10 de la Directiva 2008/52/CE. En el caso francés reseñamos que es posible dotar de ejecutividad a un un acuerdo de mediación mediante su homologación por órganos administrativos.

En último lugar, debemos aludir brevemente a algunas de las facilidades y las soluciones adoptadas por los Estados miembros con objeto de promover la cultura de la mediación entre sus ciudadanos:

-En Bélgica las partes pueden obtener ayuda para costear los honorarios de un mediador si sus ingresos son modestos y a condición de que el mediador esté acreditado. -Alemania en la recién estrenada legislación de 2012 ha previsto incentivos financieros para fomentar la mediación, pueden ser creados por cada departamento de los *Länder*, por lo que potencialmente será diferente de un estado a otro. Los Estados pueden reducir o incluso renunciar a las tasas judiciales, si las controversias se resuelven a través de la mediación u otros medios de ADR. Queda por verse cuán generosos son los Estados en la creación de estos incentivos según las posibilidades de sus presupuestos.

Según la Fundación Pública Andaluza *Mediara* Bulgaria desembolsa el 50% de la tasa estatal que se ha de abonar para afrontar un conflicto contencioso si se resuelve en mediación. La medida fue clave para el éxito de la mediación como alternativa a la resolución de conflictos.

-En Hungría la Ley de tasas y en el Código de procedimiento civil establecen deducciones -con un tope de 50.000 forints-. Algunos tribunales ofrecen mediación de manera gratuita a las partes para procedimientos ya en curso.

El Servicio de presentación de pruebas y de mediación de la República Checa es el organismo centralizado responsable de la mediación, la mediación que presta este servicio es gratuita, su coste es sufragado por el Estado en un loable impulso a la institución.

- En Malta la mediación es obligatoria en los asuntos de familia, en particular en los relacionados con separaciones personales, derechos de visita a los hijos, cuidado y custodia de estos, y alimentos en favor de los hijos o los cónyuges. No se interpreta que establecer la obligación de mediar suponga un detrimento del derecho a la tutela efectiva de los tribunales, opción que, sin duda, asienta este medio de resolución de conflictos. En el caso de la mediación familiar si el mediador es nombrado por el tribunal, de una lista predeterminada, el coste corre a cargo del tribunal. Esta opción impulsa esta institución y puede aliviar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. Las partes pueden nombrar

al mediador que deseen asumiendo el pago de sus honorarios.

- En Holanda debemos destacar, como medida de estímulo a la mediación, que, aunque no es, en principio, gratuita la mediación puede serlo en función de los ingresos de las partes. Si los recursos de los interesados no alcanzan los umbrales aplicables, el Estado contribuye a sufragar el coste de un abogado o mediador. No obstante, el Estado nunca asume la cuantía total.

- En Austria la mediación tampoco es gratuita, no obstante encontramos asociaciones que prestan servicios de mediación con y sin ánimo de lucro, así como algunas organizaciones no gubernamentales que prestan apoyo a los mediadores.

- En Polonia la mediación, en principio, no es gratuita mas lo será para las partes en los asuntos penales y en los asuntos de menores, ya que en estos casos el Estado se hace cargo de los gastos. En los asuntos civiles, los gastos varían según se trate de asuntos con cuantía o sin cuantía.

- Cabe destacar en el sistema del país vecino que en los casos en que el juez decide recurrir a la mediación cuando se trata de conflictos familiares y con arreglo al artículo 147-C de la Organización Tutelar de Menores no ha lugar al pago de ninguna tasa. Las restantes situaciones, excepto las de asistencia jurídica gratuita, están sujetas a una tasa. Si las partes obligadas a pagar alguna cantidad relacionada con el proceso de mediación tienen dificultades económicas, pueden solicitar la exención al organismo competente, el Instituto de la Seguridad Social. Estas medidas constituyen una apuesta decidida por el afianzamiento de la mediación.

- Rumanía prevé el desembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven por mediación el conflicto, según informa la Fundación pública Andaluza "Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía" *Mediara*.

- Destacaremos del sistema esloveno, que la mediación judicial en litigios derivados de relaciones entre padres e hijos y en litigios laborales debido a la terminación de un contrato laboral es gratuita para las partes. En todos los demás litigios, salvo los mercantiles, el tribunal cubre los honorarios del mediador durante las tres primeras horas de mediación.

- En Finlandia la mediación es gratuita en los asuntos penales, aunque también cabe la posibilidad de solicitar la ayuda de alguna oficina de asistencia jurídica gratuita en el resto de los asuntos en un intento decidido de promocionar procedimientos mediatorios. - En Suecia la mediación es gratuita tanto para las víctimas como para los infractores. Hemos de resaltar que desde el 1 de enero de 2008, las autoridades locales suecas deben obligatoriamente ofrecer mediación para todos los delitos cometidos por menores de 21 años. Tanto la Policía como las autoridades locales pueden tomar la iniciativa de preguntar al infractor si desea participar en una mediación, lo que supone una profunda implicación de las administraciones en el impulso a la mediación.

- En Inglaterra y Gales si una parte ganadora ha rechazado previamente una oferta de mediación razonable, el juez podrá determinar que a la parte perdedora no se le exija el

pago de las costas asumidas por aquella. En Escocia el Servicio escocés de mediación familiar (Family Mediation Scotland) coordina una red de servicios de mediación locales, de recurso gratuito para las cuestiones que conciernan a los hijos de padres en proceso de divorcio o separación. Los servicios locales también ofrecen mediación, para todo tipo de cuestiones, como conflictos de carácter vecinal o comunitario, referentes a necesidades de asistencia adicional o discriminación por motivos de discapacidad.

Para cerrar este breve periplo comunitario debemos mencionar que la adhesión de Croacia a la Unión Europea el 1 de julio pasado marca otro hito en la construcción de la UE. Croacia ha facilitado información sobre la legislación de la UE en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Dicha información cubre los siguientes ámbitos: sentencias en materia civil y mercantil; cuestiones matrimoniales y cuestiones de responsabilidad parental; obligación de alimentos; notificación de documentos judiciales y extrajudiciales; obtención de pruebas; procedimientos europeos (procedimiento de requerimiento europeo de pago, proceso europeo de escasa cuantía, título ejecutivo europeo para créditos no impugnados). Obsérvese asimismo que varios reglamentos en el ámbito de la justicia civil han sido modificados por el Reglamento (UE) nº 517/2013 del Consejo, de 13 de mayo de 2013, como consecuencia de la adhesión de Croacia.

5. Balance crítico de la mediación: posibilidades y retos.

El acercamiento a la mediación necesariamente invita a plantear numerosas reflexiones difíciles de condensar en unas conclusiones finales, pero como primer paso del aprendizaje en la senda de la mediación vale la pena intentarlo. A modo de conclusión pretendemos plantear la importancia de la mediación en diferentes ámbitos, con una breve alusión a sus posibilidades en las relaciones que se generan ante la comisión de delitos, ámbito excluido de la directiva pero interesante y con experiencias en otros Estados como comentamos anteriormente. Nos parece oportuno comentar algunas cuestiones relativas a la ejecución de los acuerdos y, por último, expondremos la convicción, que tras los estudios realizados, de la necesidad de impulsar la mediación.

5.1. Las posibilidades de la mediación.

El primer descubrimiento de quien se acerca al la mediación es su absoluta virtualidad para la pacificación de la vida social, objetivo que no siempre consigue el sistema normativo actual (crisis de la justicia, valoración negativa del servicio público, sobrecarga de trabajo impropia de la jurisdicción civil, multiculturalidad de la sociedad actual, etc.). Por otro lado, los operadores jurídicos también contemplan la mediación como método alternativo de resolución de conflictos auxiliar y complementario a la Administración judicial, calificando la mediación como una importante forma de llevar a cabo la colaboración de los

ciudadanos en la Administración de Justicia⁸. De su potencialidad ha de concluirse la oportunidad de su implantación en otros ámbitos, al margen de los regulados en la Directiva del pasado 2008, que brevemente señalaremos.

El ámbito de la mediación civil y mercantil comprende todos los derechos disponibles, salvo las materias que afecten al interés público o a terceros. Señala Susana San Cristobal Reales, que “se deduce que no son equivalentes los conceptos de orden público y norma imperativa. Este criterio es el establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006, resoluciones en las que el citado Tribunal indica que “el concepto de orden público no es exactamente coincidente con el de norma imperativa, especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares (...) En nuestro sistema legal, la vulneración de la infracción del orden público, consiste en la transgresión de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución”⁹.

- La posibilidad de su implantación en el orden penal, no para buscar responsabilidades identificar tipos o graduar sanciones sino para construir nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras del conflicto, contribuiría a la paz social, como ya apuntaban José Pascual Ortuño y Javier Hernández en sus trabajos en 2007¹⁰. También en el espacio de ejecución penitenciaria cabe impulsar y desarrollar estrategias de mediación con fines restaurativos, tanto para la calificación del penado en tercer grado como para el acceso a la libertad condicional, valorando si el daño causado ha sido reparado o, al menos, si se ha realizado algún esfuerzo para ello. La concreción de programas de mediación, con

⁸ FÁBREGA RUIZ, C. F y HEREDIA PUENTE, M. “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”. *Revista del Colegio de Abogados de Jaén* [En línea] http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/LA%20MEDIACI%C3%93N%20INTRAJUDICIAL%20HEREDIA%20PUENTE-FABREGA%20RUIZ_1.0.0.pdf

⁹ SAN CRISTOBAL REALES, S. (2013) “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI 39-62 / ISSN: 1133-3677.

¹⁰ Ortuño Muñoz, J.P. y Hernández García, J. “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, (2007). Madrid: Fundación Alternativas, 2007 Documento de trabajo 110/2007, pag. 60. En línea disponible en www.pascualortuño.com/p/publicaciones.htm. Refieren los autores “ el diferente papel que juega el Estado en cada una de las realidades políticas y, por otro, el diferente alcance que se otorga al proceso penal como cauce primario de intervención en los conflictos sociales graves. Mientras en el paradigma anglosajón el Estado se sitúa en una posición de observador que permite el libre desarrollo de las relaciones sociales, en los modelos europeos el Estado asume un tradicional rol de mediador providencial, catalizador de todos los mecanismos de control social. De igual modo, la estructura fuertemente acusatoria del proceso penal anglosajón contrasta con el cariz inquisitorial de los procesos penales en Europa, al menos en sus inicios, donde incluso se consagra constitucionalmente, como en el caso italiano, la obligatoriedad de la acción penal y se proscribía o se limita a una posición del todo apendicular o secundaria al principio de oportunidad”.

tales finalidades, puede tener una evidente relevancia.

- La experiencia de Concha Sáez en el ámbito de la mediación penal se presenta como determinante en orden a su futura implantación en nuestro sistema jurisdiccional. Califica la mediación como un “sistema cuya implantación es urgente e imprescindible, entendida como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, en posesión de conocimientos y habilidades técnicas específicas, imparcial e independiente de los actores institucionales del proceso, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta en calidad de víctima e infractor –o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias cruzadas- a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica.” España, según la autora, se sitúa a la cola de los países de nuestro entorno en el diseño de los mecanismos institucionales de articulación (la excepción: la L.O. 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, contempla la mediación para determinadas infracciones no violentas sobre la base del principio de oportunidad)¹¹. Para Concha Sáez es absolutamente positivo el resultado obtenido en las experiencias de mediación, lo califica como el “*aparente- milagro*” de que quienes han llegado hasta nosotros enfrentados (a veces hasta irreconciliablemente) se escuchen, atiendan los argumentos del otro, se disculpen y perdonen¹².

- En los supuestos de violencia de género la Ley 1/2004 prohíbe expresamente acudir a la mediación, puesto que no puede producirse un diálogo entre dos partes que no están en pie de igualdad, aun cuando en otros Estados de la Unión Europea no se impide la mediación en estos supuestos, como exponíamos en el apartado anterior de este trabajo refiriéndonos a Grecia. Debiendo resaltarse que la doctrina se encuentra dividida en este punto, y podría pensarse en su utilidad en casos de conflictos episódicos.

- En el ámbito de la mediación mercantil, y en el supuesto particular de la mediación en el ámbito del contrato de seguro, la mediación parece, a parte de la doctrina, que puede resultar adecuada si tiene lugar entre empresas aseguradoras, mientras que entre particulares el arbitraje parece ser una mejor solución alternativa. Se suscita la duda acerca de cuál ha de ser la denominación correcta del «acuerdo de mediación». en este sentido, cabe pensar que se refiere a una «cláusula contractual» prevista por las partes con anterioridad a la celebración del contrato de seguro o, también un «acuerdo de mediación

¹¹ SÁEZ, C. (2010) “Mediación Penal”. En línea disponible [En línea] www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones. Para la autora nuestro país ha contraído compromisos que traen origen de normas comunitarias de imperativa transposición: “la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal establece en su artículo 10: 1. Los Estados miembros procurarán impulsar la Mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales. El artículo 17 establece la obligación para los Estados, antes del 22 de marzo de 2006, de la puesta en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10.” Pag. 2.

¹² Op. Citada nº 11. Pag. 12

transaccional» que las partes del contrato de seguro hayan obtenido con la ayuda de un mediador. Como quiera que sea, en el ámbito del seguro, es del todo oportuno el impulso a la mediación¹³.

- Otro sector de los estudiosos, considera que la ley de mediación constituye una ley de mínimos, es aplicable al contrato de seguros y a los planes de pensiones mediante un pacto en la póliza, en el boletín de adhesión, en las especificaciones o en los reglamentos de prestaciones para prevenir una solución válida a posibles desacuerdos¹⁴. El pacto no impedirá el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales pero se deberá intentar antes la mediación. Recordemos que el contrato de seguro no es un contrato de consumo, que quedaría fuera de nuestro ámbito, sino un contrato mercantil con condiciones generales. Se podría plantear la reconversión del defensor del cliente en este sector en la figura del mediador.

- En materia concursal se apunta la mediación como medio de aligerar la saturación que sufren los Juzgados de lo Mercantil. Se recomienda explorar fórmulas de mediación pre-concursal para lo que sería necesario facultar al juez para designar mediador previa comunicación del deudor de su situación de insolvencia, solución ya contemplada en otros ordenamientos de nuestro entorno -como el francés que da preeminencia a la continuidad y reorganización de la empresa- al amparo del artículo 15 de la nueva Ley Concursal, facilitando la posibilidad de acuerdos de refinanciación a pequeñas empresas y particulares. Esta opción podría apoyarse con incentivos a las partes que intenten la mediación a fin de que no se convierta en un expediente dilatorio¹⁵. La nueva ley de emprendedores insiste en la su importancia, institucionalizando la mediación concursal. Por otro lado, el acuerdo de mediación presenta algunas dificultades que se derivan de la falta de regulación de los efectos del acuerdo adoptado durante el proceso mismo de mediación concursal. Asimismo, la doctrina señala la necesidad de establecer incentivos negativos que aumenten la voluntad negociadora de los acreedores, especialmente en lo que concierne al deudor persona física, puesto que en este caso no tienen ningún aliciente para buscar soluciones, al no existir exoneración de las deudas. Para Emilio Beltrán el papel del mediador será similar al del administrador concursal pero sin necesidad de intervención judicial y con un procedimiento mucho menos costoso ya que no tendría que tomar decisiones. Una vez alcanzado el acuerdo, se elaboraría un documento que se trasladaría al notario y en caso de no alcanzarlo, el propio mediador podría convertirse en administrador concursal. En el mismo

¹³ DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (2012). “Mediación civil y mercantil: La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733, septiembre 2012. Páginas: 2972-2999. Pag. 2988. En línea disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex/vid/civiles-mercantiles-supremo-concursal-429092330>.

¹⁴ BENITO OSUNA, F. (2012). “Reflexiones sobre el RD-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en el seguro”. *Revista Española de Seguros*. Nº 149, enero 2012. <http://vlex.com/vid/382546618>. Pag. 103-114

¹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2012). “La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de los no empresarios y PYMES.” *Práctica de Tribunales*, nº 90. Editorial La Ley. LA LEY 155/2012. Pag. 12 y 15

sentido se pronuncia Arturo Ruiz al comentar la nueva ley de emprendedores¹⁶.

- Por lo que respecta a las vicisitudes de la vida societaria la Resolución de 25 de junio de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 26 de julio 2013), se pronuncia sobre la inclusión de una cláusula genérica de mediación en los estatutos de una sociedad limitada, lo que no excluye que con posterioridad se deba fijar cual es el conflicto concreto que ha de ser mediado. El mediador, una vez fijado el ámbito de su actuación, debe abstenerse de actuar cuando se desborde el ámbito legal de su competencia, las partes -sean socios o administradores- pueden poner fin al proceso en cualquier momento, pero cuentan con una senda útil para la solución de ciertas diferencias. Destacamos que la resolución refiere expresamente la “incontroversada” posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general y por lo mismo también respecto a la mediación, aunque después se deba fijar cual es el conflicto concreto en el que se ha de desenvolver la actividad del mediador.

- En el ámbito laboral las ventajas de la mediación no necesitan mucho comentario, la dinámica del sector la ha impulsado y desarrollado positivamente, dejando constancia de sus experiencias en la Guía para la Mediación Laboral cuya provechosa lectura para los que se inician en la mediación desde estas líneas recomendamos. Entendiéndose la mediación como una negociación dirigida¹⁷ o asistida¹⁸ sus experiencias han sido muy provechosas para el ejercicio de la actividad mediadora en otros sectores, Los abogados, cooperadores necesarios en el impulso a la mediación, han de aprender a apartar la toga cuando actúen como mediadores, como muy bien señala el documento referido, que nos introduce en los rudimentos de la negociación ((MAAN-BATNA).

- En el campo de las relaciones familiares debemos recordar que la mediación familiar fue introducida en el derecho procesal español por la Ley 15/2005, de 8 de julio, aunque ya estaba presente en nuestro derecho positivo por su inserción en algunas normas de derecho internacional privado, entre las que destaca en el ámbito de la responsabilidad parental el Reglamento (CE) 2201/2003, en cuyo artículo 55.e) se establece que las Autoridades Centrales de los Estados miembros, cooperarán para «facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza»....Más allá de las técnicas legislativas lo más reseñable es que el ámbito familiar con sus primeras experiencias piloto ha mostrado que “La mediación implica un esfuerzo de la parte, del propio ciudadano, por retomar el protagonismo respecto de los propios problemas”¹⁹. Los resultados de los esfuerzos de los operadores jurídicos que trabajan con las crisis familiares han sido la

¹⁶ En línea disponible en <http://diariojuridico.com>, de 23 de junio de 2012 y 15 de octubre de 2013.

¹⁷ MUNDUATE, L; BUTTS GRIGGS, T; MEDINA, F. J; MARTÍNEZ-PECINO, R. “Guía para la Mediación Laboral. Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. SERCLA.” Capítulo III. En línea disponible en www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/273.pdf. Pag.36

¹⁸ Op. Citada, Capítulo IV, pag. 47.

¹⁹ PASCUAL ORTUÑO, J. P. (2013). “La mediación en el ámbito familiar”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29 enero de 2013. ISSN: 2254-3805 ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. Pag. 6. .

vanguardia de la mediación.

La apuesta por el protagonismo de la autonomía de la voluntad que inicia la Ley de 2005, abriendo la puerta a la mediación, ha llevado a parte de la doctrina a plantear la posibilidad del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España en los supuestos en los que no exista descendencia, en caso contrario es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. Esta posibilidad ya se contempla en algunos ordenamientos iberoamericanos (Cuba, Perú, Colombia, Brasil) y en algunos sistemas europeos encontramos soluciones no jurisdiccionales a la crisis familiar (Portugal, Noruega, Dinamarca, Estonia...). Aun cuando se debate doctrinalmente la posibilidad de llevar los mecanismos de la mediación y autonomía de la voluntad a la disolución del contrato matrimonial no parece acertada la implantación de esta medida²⁰. La implantación de la mediación es una ardua labor que no se compromete únicamente con el aligeramiento del trabajo en los juzgados, sino que compromete la visión de la sociedad respecto a las crisis familiares y la protección que estas precisan. La doctrina considera, en parte, que la mediación goza de un sentimiento favorable de aceptación por parte de la ciudadanía, considerando la figura apta para minorar los daños de la ruptura²¹, incluso para propiciar la reconciliación o recuperar la armonía de la vida precedente, extender sus mecanismos autocompositivos al instituto de un “divorcio notarial” por acuerdo de las partes no creemos que venga en ayuda de la implantación en nuestro sistema jurídico de la institución de la mediación.

-En aquellas situaciones en las que las crisis familiar se entremezcla con otros problemas con aspectos económicos, como las sucesiones o las empresas familiares la mediación presenta un futuro prometedor y ventajoso. En cuanto al ámbito de las sucesiones propiamente dichas, una alternativa o complemento al nombramiento por el testador de un albacea contador partidario puede ser la imposición por el mismo, para dirimir las discrepancias que pudieran existir entre los sucesores (herederos, legatarios, etc.) de un mediador o una institución mediadora. Si la mediación no tiene éxito se podría insertar, además, una cláusula escalonada de arbitraje.

En relación con las empresas familiares, aquellas en las que una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio, podemos encontrar tres círculos bien diferenciados (familia, propiedad y gestión de la empresa), que se entrelazan entre sí,

²⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (2012). “La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 734, 2012. Pags. 3351 a 3396. En otro trabajo (“Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. (2012) en *Actualidad Civil* nº 21 diciembre 2012, pag 2083, tomo 2. Editorial La Ley 18021/2012) el autor afirma que “en cualquier caso la mediación puede ser un instrumento eficaz para evitar rupturas matrimoniales innecesarias”

²¹ TENA PIAZUELO, I. (2012). “Crisis de pareja, mediación familiar y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”. *Actualidad Civil*, nº 13-14. Editorial La Ley. La Ley 7350/2012. Pags. 12-13. El autor concluye “Ojalá que, en ese campo abonado, la mediación familiar logre manifestarse en todas sus modalidades (comprendiendo la mediación preventiva) y en toda su virtualidad, incluyendo en su objeto la reconciliación de la pareja que recurre a la intervención mediadora”.

constituyendo un campo abonado para conflictos en relaciones que han de perpetuarse en el tiempo. Su promoción en este campo se nos antoja necesaria habida cuenta del peso de estas empresas en nuestro tejido económico²².

- Por lo que respecta al fenómeno intercultural, debemos señalar el protagonismo cada vez mas acusado de la mediación, que define Dora Sales...“Dentro del contexto amplio de la mediación, la mediación intercultural se refiere a las situaciones en las que las personas en contacto —que precisan de la intervención de una tercera parte, mediadora, imparcial, que sirva de puente comunicativo—, pertenecen a culturas distintas, y hablan lenguas diferentes, desde diversos patrones comunicativos, poseen distintas formas de ver el mundo y quizás no compartan el mismo sistema de valores²³”. A la vista de este panorama hay que concluir con Nuria Beloso²⁴ que “La inmigración no puede entenderse como un fenómeno coyuntural sino como una realidad que irá aumentando progresivamente. Se hace necesario que las sociedades actuales tengan conciencia de que deben asumir la interculturalidad (...) La mediación intercultural en definitiva estaría fomentando la no discriminación en el acceso a los recursos básicos para poder ejercitar los derechos y deberes en pie de igualdad con los nacionales.” La necesaria mediación intercultural es el antídoto mas eficaz contra la xenofobia y la demagogia.

- Otro campo de aplicación de la mediación que abre la Directiva de 2008 lo encontramos en la solución de conflictos en las reclamaciones contra personal médico y centros sanitarios. Es posible el sometimiento a mediación de este tipo de controversias en virtud de lo estipulado en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, aunque, en principio, aparece como jurisdicción exclusiva y excluyente la jurisdicción contencioso administrativa, al presentarse la atención sanitaria como servicio público²⁵. No obstante encontramos un campo residual para la jurisdicción civil en el cual encontraría acomodo la mediación. Este se concreta en aquellos daños producidos por sociedades mercantiles de titularidad pública; los daños derivados de la actividad estrictamente privada y ajena al servicio del funcionario público sanitario; los daños producidos por concesionarios y contratistas de la administración cuando la administración tiene concertada la prestación hospitalaria con empresas privadas: el concesionario responderá frente al tercero en la jurisdicción civil; las reclamaciones contra la entidad aseguradora de la Administración es

²² MARTÍNEZ GONZÁLEZ, S. P. (2012). “La mediación en el derecho de familia. Sucesiones hereditarias y empresas familiares. Regulación legal y aspectos prácticos”. *Práctica de Tribunales*, Nº 100, Sección Estudios, Enero-Febrero 2013, Editorial LA LEY 19263/2012. Pags. 16-17

²³ SALES SALVADOR, D. (2008). “Mediación intercultural e interpretación en los servicios públicos: ¿Europa Intercultural?” En línea disponible en www.pliegosdeyuste.eu/n78pliegos/n78pag77.htm nº 7-8 2008. Pag. 2.

²⁴ BELLOSO MARTÍN, N. (2003). “Inmigrantes y mediación intercultural”. En línea disponible en www.uv.es/cefd/7/belloso.doc . *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN-e 1138-9877, Nº. 7, 2003, Pag. 2

²⁵ PERALES VISCASILLAS, P. (2012). “La mediación y el arbitraje como fórmulas alternativas de solución de conflictos en las reclamaciones contra personal médicos y centros sanitarios”. *Revista Española de Seguros*, nº 152, octubre 2012. Páginas: 315-341. Pag. 325. En línea disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/arbitraje-alternativas-reclamaciones-dico-458815630>.

viable cuando el perjudicado reclama exclusiva y directamente contra la aseguradora en virtud del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Como hemos expuesto anteriormente los contratos de seguros son contratos civiles, no automáticamente susceptibles de mediación, pero si es posible en los supuestos anteriormente referidos. Los supuestos de intoxicación, lesión o muerte están, en cualquier caso, excluidos tanto de la mediación como del arbitraje. El resto de las controversias es susceptible de mediación.

- Las nuevas tecnologías presentan un nuevo escenario tanto para las relaciones económicas como para la contratación, por lo que ya se avanzan nuevas formas de mediación on-line, denominadas comúnmente ODR (*on-line dispute resolution*). Aun cuando puede decirse que en este escenario se diluye el “factor humano” de la mediación, el empleo de los medios digitales puede facilitar el uso de la mediación tal y como aparece recogido tanto en la Directiva de referencia como en la ley que la transpone. La **mediación electrónica** se erige como una subespecie de mediación que debe observar todos los principios generales y características básicas de la misma y es una opción válida a disposición de las partes, por lo tanto los que nos formamos en mediación estamos destinados a entendernos con las nuevas tecnologías. Aunque en principio se entiende que estamos preparados será necesario un esfuerzo complementario²⁶. El desarrollo de la contratación transnacional con las prácticas abusivas que puede conllevar exige la armonización de los distintos sistemas jurídicos y la adaptación a esta nueva realidad. Es ineludible abrir la posibilidad de implantar mecanismos extrajudiciales que frenen eficazmente prácticas dañosas²⁷. La mediación no puede permanecer ajena a la influencia de las nuevas tecnologías, es un instrumento más en las manos de las partes y del mediador, máxime cuando la Unión Europea se manifiesta a favor de las ODR. Negar el carácter personalísimo o inmediato al usar medios electrónicos sería tanto como considerar que quienes contratan por medios electrónicos no están contratando ellos mismos²⁸.

5.2- La ejecutividad de los acuerdos.

En relación a la ejecutividad del acuerdo, De la Vega Justribó analiza las modificaciones

²⁶ Martín Diz, F. (2012). “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación” *Práctica de Tribunales*, N° 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY 17533/2012. Pags. 6, 7, 13.

²⁷ Vilalta Nicuesa, A. E. (2012). “Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 732, págs. 2067 a 2149. Pag. 2144 y ss.

²⁸ Vázquez de Castro, E. y Fernández Canales, C. (2012). “El actual marco normativo de la mediación electrónica”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 731, pags. 1451 1478. Pags. 1466, 1467, 1472, 1473.

procesales derivadas de la transposición de la Directiva y señala “como novedad muy relevante, en el artículo 517 LEC, el Real Decreto-ley diseña el otorgamiento de título ejecutivo al acuerdo de mediación que haya sido elevado a escritura pública, a diferencia del anterior proyecto de ley presentado en 2011 en las Cortes, que otorgaba el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación firmado por un mediador, lo que fue muy criticado por parte de la doctrina. La ejecutividad prevista en la Directiva 2008/52/CE y que habían de promover los estados en su transposición es flexible, pues se otorga un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, ya que se establece la obligación de los estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salva la posibilidad de que el estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro estado. La ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos, y esta ha sido la solución adoptada en el Real Decreto-ley de mediación y la posterior ley”²⁹.

Para la autora “en la misma línea de exceso regulatorio de otros preceptos del Real Decreto-ley, según mi parecer, puede considerarse excesiva y poco favorecedora del necesario impulso a la mediación la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable”. Según De la Vega esta regulación resulta discriminatoria puesto que la necesidad de contraste notarial o intervención judicial conceden *de facto* al acuerdo de mediación un rango inferior al de un laudo arbitral que es ejecutable sin más requisitos. De tal modo que partiendo de una herramienta autocompositiva -las partes son las autoras del acuerdo- el arbitraje parece estar más considerado, siendo una solución heterocompositiva. La doctrina consideró, en su momento, un gran paso adelante la Ley de Arbitraje de 1988 que eliminó la obligatoriedad de elevar a público el compromiso arbitral, posteriormente la Ley de Arbitraje de 2011 elimina la obligación de protocolización del laudo, esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, su fuerza ejecutiva no depende de su protocolización³⁰. La distinta solución adoptada para la mediación parece establecer una gradación entre los medios no jurisdiccionales de resolución de controversias.

En otros ordenamientos, como el canadiense, la ley prevé un sistema mixto de mediación y arbitraje, por tanto en pie de igualdad, procedimiento en el que las partes han acordado someterse a una mediación para resolver un determinado conflicto, pero si la mediación no funciona el procedimiento se transforma en un arbitraje que será dirigido por la misma persona que intervino como mediador y la decisión que éste adopte será vinculante³¹. El Derecho español es, como ya se ha dicho, contrario a admitir la arbitrabilidad de las

²⁹ DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. Pag. 2989. Ver nota 13.

³⁰ RIPOL I. (2013). “*La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del art. 45 de la Ley de Arbitraje*”. Barcelona. Ed. J.M. Bosh Editor, S.A.2013. Pags. 124, 159

³¹ MESA MARRERO, C. (2012). “El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español “*Actualidad Civil, N° 6*, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Mar. 2012, pág. 559, tomo 1, Editorial LA LEY 2153/2012. Pag 2. Pag. 15.

controversias familiares, fundamentalmente porque prevalece la idea de que el poder público debe intervenir en la resolución de los problemas de naturaleza familiar, pero esta a la vista que la tendencia en el actual Derecho de familia es reforzar la voluntad de los miembros del grupo familiar, reconociendo un mayor protagonismo a la libertad y a la autonomía privada. La solución canadiense equilibra el protagonismo de las partes y la seguridad de que un posible acuerdo o laudo podrá ejecutarse. La mediación y el arbitraje aparecen, de este modo, nivelados.

En relación a los acuerdos en el plano de las crisis familiares se argumenta que no es posible crear un título ejecutivo directo de los acuerdos de mediación puesto que la materia que tratamos o bien afecta al orden público (como es el vínculo matrimonial, cuya disolución necesita ser sancionado por los tribunales), o bien necesita del control, tanto por fiscalía como por los jueces, de la protección adecuada de los intereses de los menores. Convergen el *ius cogens* y el *ius dispositivum*, el derecho público y el privado. Ello se deriva de la propia Constitución Española, que en su artículo 39 consagra como interés público general y fundamental el del interés de los hijos, consecuencia del principio constitucional de protección a la familia y a la infancia. Puede parecer lógica la cautela en interés de los menores, no obstante en otros tipo de disputas no parece oportuno exigir la elevación a público de un acuerdo, máxime si una de las partes, al negarse, puede hacer vano todo el proceso mediatorio.

- En el aspecto procesal de la ejecución, los operadores jurídicos señalan que la remisión que en materia de ejecución hace la Ley de Mediación a la Ley de Enjuiciamiento Civil desconoce la auténtica naturaleza de la mediación cuando hace una equiparación de tal identidad entre la mediación y los otros medios de conclusión de litigios. El legislador con esta técnica legislativa, olvida el interés que la sociedad en general, y el mercado en particular, pudiera tener en la mediación (menor coste y tiempo), por lo que corre serio riesgo de perderse su virtualidad al no haber arbitrado el legislador un sistema alternativo de ejecución, simple, básico, rápido y eficaz; el incumplimiento posible acaba de vuelta en el juzgado. Cualquiera que tenga interés dilatorio puede usar la mediación para aquello que esta figura pretende evitar. Si una de las partes no accede a la elevación a público del acuerdo habrá de acudir igualmente a la vía declarativa para obtener la satisfacción de sus intereses, puesto que el *acuerdo en sí mismo no tiene carácter ejecutivo, la supuesta ventaja de la mediación se diluye por completo...* El acuerdo que elaboran las partes en virtud de la autonomía de la voluntad no obtiene el mismo reconocimiento que el laudo arbitral elaborado por un tercero, ya que este no necesita ser protocolizado³².

- Si surgieran otras incidencias la posible dilación le afectaría como al resto de los títulos

³² SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO. (2012) “La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática”. *Práctica de Tribunales*, Nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY 17537/2012. En el mismo sentido, Sánchez Martín, P. (2012). “Incidencia de la mediación en el proceso civil”. *Práctica de Tribunales*, Nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY 17536/2012..

ejecutivos: la impugnación del acuerdo de mediación por estar incurso en una causa de nulidad no se podrá articular en sede de oposición a la mediación, sino a través del proceso declarativo correspondiente³³. Cabe preguntarse, en el caso de las crisis familiares, qué ocurre cuando alguna de las partes se opone a que se homologue judicialmente el acuerdo de mediación alcanzado y firmado por ambas partes privándolo de su operatividad ejecutiva. En este caso tendrá el mismo valor que el convenio regulador o pacto de convivencia firmado por ambas partes y no ratificado a presencia judicial, esto es, se incorpora al proceso contencioso como un elemento probatorio más, que tendrá mayor o menor trascendencia a la hora de dictar sentencia según los motivos que se aleguen, a saber, un cambio de opinión o un cambio de las circunstancias con posterioridad a la firma del convenio, pacto o acuerdo³⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la introducción de la mediación, asimila la sentencia, el laudo y el acuerdo de mediación equiparando estos dos últimos a los títulos jurisdiccionales. La mediación tienen su origen en la autonomía de la voluntad ejercitada de una forma autocompositiva, el laudo con el mismo origen se articula heterocompositivamente. En la primera nadie juzga, nadie impone la solución, pero haciendo concesiones mutuas nos encontramos con un acuerdo firmemente alcanzado³⁵. No parece operativo exigir protocolización al acuerdo, requisito no exigido actualmente al laudo. La necesidad de que los acuerdos alcanzados en virtud de la mediación puedan ser ejecutados conforme a la ley del Estado en que el acuerdo pretende hacerse valer es una manifestación del principio de seguridad jurídica, la opción del legislador, en nuestro caso, puede acabar en dilaciones no deseadas³⁶.

5.3.- El impulso a la mediación.

En relación al impulso que necesariamente ha de darse a la mediación, ya antes de elaborarse la Ley, cuando había de realizarse la transposición de la Directiva, la doctrina adelantaba ...“Al Estado y distintas Administraciones e Instituciones quedará una importante labor de promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos, haciendo conocer a la ciudadanía su existencia y conveniencia, garantizando la preparación de los mediadores y, sobre todo, la consecución de la colaboración de la Abogacía en la confrontación de los conflictos”³⁷(38). El texto del Real Decreto-Ley apuntaba la necesidad de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos

³³ MARTÍN PASTOR, J. (2012). “Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa”. *Práctica de Tribunales*, Nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY 17534/2012. Pag. 6.

³⁴ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, S. P. Pags. 11 y 19. Obra citada anteriormente, ver nota 21

³⁵ Pardo Iranzo, V. (2012) “Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?” En línea disponible en www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/14. Editorial Thomson Reuters.

³⁶ Pag 58, trabajo citado en nota 10. *Documento de trabajo 110/2007*

³⁷ SOLETO MUÑOZ, H. (2007). “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”. *Revista Electrónica de Derecho Processual*, Volume III. Año 2007

al proceso, si bien no los incluye expresamente, y permite a las Administraciones que lo hagan o no. Evidentemente, en una situación económica como la actual, será difícil, pero la inclusión de la mediación dentro de la justicia gratuita sería una posibilidad a tener en cuenta.

Sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso la gratuidad si son muy bajos, opción que han escogido algunos Estados de la Unión, como hemos referido en el epígrafe anterior de este trabajo. Es el caso de Países Bajos, Hungría, Austria, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Finlandia y Escocia en Reino Unido.

Las ventajas de la mediación como “sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos” e instrumento de paz social como nuevo modelo que se aparta de los métodos confrontacionales tiene muchos retos pendientes, entre ellos “una mayor difusión desde las distintas Administraciones para dar a conocer este importante recurso, así como una regulación nacional de la mediación”³⁸. En relación con la regulación Jaime de Hoces Utrera manifiesta que la regulación de la formación para ejercer como mediadores, a tenor de la diferente y dispersa normativa autonómica, no constituye un avance, puesto que la Ley que desarrolla y transpone la Directiva ha desaprovechado la oportunidad de unificar criterios, una regulación uniforme de la actividad de la mediación constituiría un argumento muy positivo para la difusión de la institución. La normativa existente concibe la mediación como una actividad secundaria, no piensa en ella como una profesión, en este punto hay mucho terreno por conquistar. La homogeneización normativa vendría en ayuda de la ciudadanía y de los profesionales interesados en el ejercicio de la mediación³⁹(40).

En relación a la posible intervención de los jueces para alentar esta institución e incentivar su aplicación, Raquel Alastruey defiende que no cabe indicar que se le impondrán las costas o algún otro tipo de amenazas procesales, aún cuando el juez debe favorecer la mediación (...) “es hora de que los jueces retomemos nuestra función de pacificación de conflictos y sepamos transmitir nuestra función no como una amenaza de males desconocidos (la sentencia) sino como una posibilidad de satisfacción de intereses, inicialmente, enfrentados”⁴⁰.

Helena Soleto refiere como, en general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en

³⁸ García Villaluenga, L. (2010). “Mediación civil. Mediación intrafamiliar.” Disponible en www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc. Ver nota 10.

³⁹ De Hoces Utrera, J. (2012) “Incongruencias en la regulación de la formación de la persona mediadora”. *Lan Harremanak* (2012). *Revista de Relaciones Laborales. Universidad País Vasco*. Año 2012, nº 26. Pags. 161-192.

⁴⁰ Alastruey Gracia, R. (2010). “Argumentario para la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso”. En línea disponible en www.poderjudicial.es. Pag 17

Finlandia, Malta, República Checa, y algunos *Lander* alemanes, mientras que en otros países se favorece su uso, o se opta por la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa sobre los efectos de la ruptura en los hijos para iniciar una acción legal como Reino Unido o Estados Unidos. Apunta la autora que el art. 395 LEC se dispone que la no participación en la mediación intentada por una de las partes se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas, aunque hubiese resultado ganadora del proceso si no participó en la mediación que se intentó por la otra parte.

Ha de interpretarse que será condenada en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación, y que no es suficiente con que hubiera asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. El art. 395 ejerce de mecanismo corrector, para que incluso el ganador del proceso sea castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el proceso. Esperemos que este artículo sea usado por los Tribunales, ejerciendo de elemento incentivador para la mediación, tal como ocurre en el sistema de Reino Unido.

Otro sector de la doctrina, como Vicente Magro Servet, entiende que fue acertada la opción del proyecto de ley de instaurar una mediación previa obligatoria como requisito de procedibilidad, posición que ha sido criticada y desechada, al menos de momento, en algunos Estados de la Unión Europea, como es el caso italiano expuesto anteriormente⁴¹.

Expuesto todo lo anterior, parece muy convincente el razonamiento de Lucía García García, como toma de posición, sin desdeñar las aportaciones anteriormente expuestas: “La mediación ha de introducirse mediante la convicción de su bondad y no por su imposición legal; pues esto podría deparar el riesgo de que se convierta en un trámite burocrático más determinante de su desprestigio (...) lo idóneo sera obligar a la asistencia a la sesión informativa. “ Más adelante la autora expone “Tenemos la convicción de que, a medida que se va adquiriendo una formación más sólida, la mediación se convierte en una auténtica filosofía de vida (...) una especie de mecanismo que dispara las alertas ante cualquier situación conflictiva, suscitando la reflexión acerca de las motivaciones del otro, y que, como un fármaco de efectos retardados pero de largo alcance, va, poco a poco removiendo los cimientos de las posiciones. (...) El éxito de este sistema de resolución alternativa de conflictos necesita (...) una verdadera revolución cultural, una transformación de mentalidades”...⁴².

⁴¹ MAGRO SERVET, V. (2012). “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. *Diario La Ley*, Nº 7852, Sección Doctrina, 7 Mayo 2012, Año XXXIII, Ref. D-190, Editorial. LA LEY 3152/2012. El mismo autor en otro trabajo del mismo año elabora un sistemático y útil estudio de los cambios que la legislación de mediación ha introducido en el proceso civil en virtud de la facultad de las partes de someterse a mediación. (“Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. Procedimiento. *Práctica de Tribunales*, nº 93, mayo 2012. Editorial La Ley 4335/2012.)

⁴² Lucía García García. (2003). “*Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*”. Madrid. Ed. Dykinson, 2003. En línea disponible en <http://site.ebrary.com/id.10721768>. Pags. 221, 224.

6. Conclusiones.

La armonización de las diferentes legislaciones europeas que impone la Directiva, en el espacio de libertad y seguridad de la Unión Europea, tiene largo recorrido por delante, aun cuando en algunos Estados el desarrollo de la mediación y su implantación era muy anterior a la propia iniciativa comunitaria.

Por otro lado, en los Estados que se están estrenando en los medios alternativos de resolución de disputas puede provocar cierto recelo o escepticismo, sin esperar mucho respecto a su “bondad” para aligerar la carga de nuestros juzgados. Tal vez por esto, o por la situación de precariedad económica actual, nos encontramos con tardías transposiciones, transposiciones defectuosas o incompletas, sin que se haya cumplimentado la obligación de comunicación a la Comisión prevista en la norma que comentamos.

En nuestro caso los intentos conciliatorios contemplados en nuestro sistema procesal han dado escasos resultados, este fracaso quizá explique el recelo ante la mediación como un sistema efectivo para resolver controversias. Para no apreciar la mediación intrajudicial como un instrumento dilatorio que alargue aún más el litigio hace falta darle a la nueva Ley un voto de confianza, y apostar por la pericia y la profesionalidad que se espera de los mediadores, ellos ha de ser, hemos de ser, los primeros convencidos de la bondad del método, no como “alivio administrativo-judicial” sino como un instrumento al servicio de quienes se encuentran en dificultades.

El contexto de relaciones transnacionales y los flujos migratorios intracomunitarios, derivados de la libre circulación de personas y la libertad de establecimiento en el seno de la Unión Europea, supone desarrollar instrumentos que hagan estas libertades efectivas. Para ello hemos de utilizar instrumentos arbitrados por el propio derecho de la Unión Europea, objetivo de la Directiva 52/2008, el derecho comunitario ha de ser algo tan cotidiano como el Boletín Oficial del Estado. Regula y se extiende a todos los aspectos de nuestra vida, también los que pueden acabar en los juzgados.

Necesitamos encarar las nuevas posibilidades, no sólo como instrumentos jurídicos sino como una nueva forma de entender las controversias y los conflictos. Nadie conoce mejor sus diferencias, y sus posibles soluciones, que las partes y, si se logra una comunicación adecuada, son quienes mejor pueden solucionar sus conflictos y ejecutar los acuerdos a los que lleguen. La experiencia de los asuntos ya sometidos a mediación demuestra que, por sus características, es un medio de solución de conflictos rápido, económico y que, cuando se alcanzan acuerdos, pueden ser más fáciles de ejecutar. Los posibles acuerdos que se logran en un proceso de mediación pueden ser elevados a escritura pública, de coste reducido por tener el tratamiento de documento sin cuantía. También, si así lo desean las partes, puede ser homologado en vía judicial, obteniéndose un título judicial, si el proceso ya se había empezado, aun cuando la experiencia también demuestra que se plantean menores problemas a la ejecución de los acuerdos cuando se han alcanzado a través de la vía de la mediación.

Recordemos que gran parte de las cuestiones litigiosas que se plantean en el ámbito de los

Colegios Profesionales, corresponden a la Jurisdicción Civil.

La futura modificación de la Ley de Colegios Profesionales no debe perder de vista las posibilidades de la mediación, que ha de extenderse a otros ámbitos distintos del civil y el mercantil habida cuenta de los compromisos internacionales suscritos por España.

7. Bibliografía

- Andrés Ciurana, B. (2005). "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 12, 2005, pags. 60-69. DICIEMBRE 2005.
- Ayuso Gutierrez, M; Bermudez Morata, L; Santolino Pietro, M. (2012). "La liquidación de siniestros con daños en el seguro de automóvil: análisis de costes y duraciones según la vía de resolución". *Revista Española de Seguros*, nº 152, Octubre 2012. Pag. 389-405. En línea disponible en <http://vlex.com/vid/458815686>.
- Blanco Carrasco, M. (2009). "*Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*". Colección de mediación y resolución de conflictos. Madrid 2009. Editorial Reus, S.A.
- Blanco Carrasco, M. (2009). "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro." *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. XLII. (2009). 129-159.
- Bellido Rodríguez, M. C; Peris Salas, M. A. y Trilles Solves, R. (2012). "La importancia de la mediación sanitaria en la prevención de litigiosidad por responsabilidad médica profesional". *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Valencia, 18 al 21 de octubre de 2012. Ponencias de expertos en mediación*. Pags. 148-153. En línea disponible en <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=134>.
- Belloso Martín, N. (2002). "Otros cauces para el Derecho. Formas alternativas de resolución de conflictos". Madrid 2002. CGPJ. En línea disponible en www.uv.es/CEFD/7/belloso.doc.
- Belloso Martín, N. (2006). *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león junta de castilla y león*. Belloso martín, Nuria. COORDINADORA. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades 2006 © 2006 Junta de Castilla y León. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. © de textos: sus autores. Depósito Legal: VA-1263-2006 Imprime: Indipress.
- Carretero Morales, E. (2012). "Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y arbitraje*", nº 1 2011. www.riedpa.com. En línea disponible en http://www.academia.edu/1183991/EMILIANO_CARRETERO_MORALES Com

entarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

-
- Correa Delcasso, J. P. (2013). "La Mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España". *AAVV, Editorial La Ley*, 2013, pags. 31 y ss. En línea disponible en <http://www.correadelcasso.com/la-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles-la-transposicion-de-la-directiva-200852-en-francia-y-en-espana/>
- Curacalla Galiana, A. (2012). "Principios relativos a las partes en la mediación". *Práctica de Tribunales*, nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial La Ley. La Ley 17531/2012.
- Feblés Yanes, E. M. (2013). "La mediación familiar en España" *Diario La Ley*, Nº 163, Sección Doctrina, 4 Oct. 2013. Editorial LA LEY. LA LEY 5687/2013.
- Galeote Muñoz, M. P. (2010). "Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Diario La Ley*, Editorial LA LEY. Nº 7456, 2010.
- García Álvarez, R. (2012). "La mediación civil y mercantil en el Real-Decreto 5/2012" *Diario La Ley*, nº 7828, Sección tribuna, 29 marzo 2012, La Ley. Actualidad Civil, La Ley 3292/2012.
- García Fernández, M. A. (2013). "Mediación on-line: pasado y presente de esta institución". *Diario La Ley*, Nº 8048, Sección Tribuna, 21 Mar. 2013. LA LEY 1504/2013.
- García Presas, I. (2009). "Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España". *Dereito* Vol. 18, nº 1: 239-263 (2009) ISSN 1132-9947.
- En línea disponible en <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7921/1/08.Presas.pdf>.
- Gómez Amigo, L. (2013). "Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Revista General de Derecho Procesal*, nº 31 (2013) RI §413588. Revistas@iustel.com.
- Hualde Manso, M. T. (2012). "Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 2, Mayo 2012.
- López Jara, M. (2012). "Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Diario La Ley*, Nº 7857, 2012.
- López-Barajas Perea, I. (2012). "La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo". *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 27, mayo 2012. Revista@iusdtel.com. iustel PORTALDERECHO 2001-2014. (RI §412069).
- Marcos Francisco, D. (2012). "Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012,

- de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012.
- Magro Servet, V. (2012). "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España". *Diario La Ley*, Nº 7951, 2012.
 - Montesinos García, A. (2013). "Últimas tendencias en la resolución alternativa de conflictos relativos a la propiedad intelectual: el Centro de Arbitraje y mediación de la OMPI". *Revista General de Derecho Procesal nº 30* (2013). RI §413238. Revistas@iustel.com.
 - NACIONES UNIDAS, Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo, 2002. En línea disponible en http://www.arbitraje-asgame.org/LEY_MODELO_NACIONES_UNIDAS SOBRE CONCILIACION_COMERCIAL_INTERNACIONAL.pdf.
 - Nieva-Fenoll, J. (2012). "La mediación: ¿una "alternativa" razonable al proceso judicial?". *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012. Secc A Fondo, Septiembre 2012, pag. 1585, tomo 2. Editorial La Ley. La Ley 7821/2012.
 - Ordóñez Solís, D. (2009). "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia". *Diario La Ley*, Nº 7165, 2009.
 - Orejudo Prieto De Los Mozos, P. (2011). "The Law Applicable to International Mediation Contracts". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, 2011. Disponible en www.indret.com/pdf/800_en.pdf.
 - Ortuño Muñoz, J. P. (2006). "Perspectivas de regulación de la mediación en la Unión Europea", en *Trabajo Social hoy*, Número extraordinario 1. El trabajo social y la mediación. 2005, pags. 73-84. En línea disponible en <http://trabajosocialhuelva.es/descargas/cursos/monograficom>.
 - Palao Moreno, G. (2012). "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012". *Diario La Ley* Nº 7847, 2012. Sección Tribuna, 27 Abr. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY.LA LEY 4991/2012.
 - Palao Moreno, G. (2012). "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, Nº2, 2012, pags. 315-320.
 - Pérez Cebadera, M. A. (2013). "La ejecutoriedad del acuerdo de mediación" en *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, Nº 2, 15 enero de 2013. Disponible en http://www.elderecho.com/civil/ejecutoriedad-acuerdo-mediacion_11_507430004.html.
 - Pérez Gurrea, R. (2006). "Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica". En línea disponible en

- Pérez Martell, R.; Esther Vilalta, A. (2012). "La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva Ley 5/2012, de mediación". *Revista General de Derecho Procesal n.º 28 (2012)* Revistas@iustel.com. RI §412347.
- Prats Albertosa, L. (2008). "La nueva regulación europea de la Mediación". *Diario La Ley*, N.º 6958, 2008. En línea disponible en http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/estudio-sistemico-normativo-doctrinal-mediacion-asuntos-civiles-mercantiles-especial-referencia/id/57276176.html.
- Revilla González, J. A. (2006). "Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas". *Estudios sobre consumo*, N.º 79, 2006, pag. 59 a 74.
- Rodríguez García, C. (2012). "La mediación on-line en España: vía de futuro para la mediación". Pags.155-158. *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Valencia, 18 al 21 de octubre de 2012. Ponencias de expertos en mediación*. También disponible en línea en <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=134>.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J.; De Prada Rodríguez, M. (DIR). Caravante Muntada, J. M. (coordinador). (2010) "*La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*". Madrid. 2010. Centro Universitario de la Universidad Complutense de Madrid. Ed. Netbiblo 2010.
- Romero Navarro, F. (2002). "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador." en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 40, 2002, pag. 31 a 54. En línea disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mediacion-ejemplo-hijos-separacion-padres-181885>.
- Sastre Peláez, A. J. y Belloso Martín, N. (2012). "Un modelo de intervención para la gestión positiva de los conflictos en la empresa familiar". Pags. 94 -100. *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Valencia, 18 al 21 de octubre de 2012. Ponencias de expertos en mediación*. En línea disponible en <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=134>.
- Senés Montilla, C. y Conde Fuentes, J. (2014). "Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a emprendedores y su internacionalización." (Ley 14/2013, de 27 de septiembre). *Revista General de Derecho Procesal n.º 32 (2014)*. RI §414158. Revistas@iustel.com.
- Soleto Muñoz, H. (2012). "La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho" *Diario La Ley*, N.º 7834, Sección Tribuna, 10 abril 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 3159/2012.
- Tarrío Berjano, M. G. (2012). "Mediación y notariado" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, N.º 42, 2012. Disponible en

www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/476-mediacion-y-notariado-0-9671513149208867.

- Tena Piazuelo, I. (2011). "Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba". *Diario La Ley*, Nº 7626, 2011. En línea disponible en <http://eurpro.blogspot.com.es/2011/05/bibliografia-articulo-doctrinal.html>.
- Torres Escámez, S. (2011). "Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)". *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 38, 2011. En línea disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/86-secciones/opinion/opinion/765-ejecuta-como-sea-o-el-caracter-ejecutivo-del-documento-privado-de-mediacion-0-0240556048453372>
- Trigo Sierra, E. y Moya Fernández, A. J. (2012). "La mediación civil y mercantil en España y el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012." *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 32-2012 Foro de actualidad pag 102- 112. En línea www.uria.com/es/practica-profesional/areas-practica/concursal?.
- Utrera Gutierrez, J. L. (2013). "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia". *Diario La Ley*, Nº 7996, 2013. En línea www.tirantasesores.com/tase/publicNovedades/show/4010206.
- Vall Rius, A. M. (2008). "La mediación: realidad y retos del futuro". *Diario La Ley*, Nº 6954, 2008. *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. En línea disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2593471>.
- Vidal I Cardona, A. M. (2012). "Cómo abordar los problemas de reconocimiento y validez de los acuerdos de mediación en otro Estado distinto del que se han alcanzado". Pags. 57-62. *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Valencia, 18 al 21 de octubre de 2012. Ponencias de expertos en mediación*. En línea en <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=134>.
- Ybarra Bores, A. (2012). "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012. En línea <http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/mediacion-familiar-internacional-directiva-sobre-ciertos-aspectos-mediacion-asuntos-civiles-mercantiles-su-incorporacion-al-derecho-espanol>.

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA SOBRE LA MOVILIDAD ESTUDIANTIL, EL ESTUDIANTE CON DEDICACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y LA EVALUACIÓN POR COMPENSACIÓN O EVALUACIÓN EXTRAORDINARIA: SU INCIDENCIA EN LA EVALUACIÓN DEL ESTUDIANTE DE GRADO¹.

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
(Acreditada a Profesora Titular de Universidad)
cmavila@uma.es

Universidad de Málaga

Resumen: El presente estudio tiene por objeto analizar tres situaciones jurídicas que inciden directamente en la evaluación del estudiante y suponen la aplicación de un régimen jurídico especial. Para ello nos centramos en la normativa aprobada por la Universidad de Málaga reguladora de la movilidad estudiantil, de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial y de la evaluación extraordinaria o por compensación. A lo largo del estudio detectamos los problemas y puntos críticos de su regulación y formulamos algunas propuestas de mejora en las previsiones de los textos jurídicos y de su aplicación práctica.

Palabras claves: Aspectos administrativos, movilidad, Estudiante a tiempo parcial, evaluación extraordinaria o por compensación y Universidad de Málaga.

Abstract: This article aims to examine three legal situations that directly affect student evaluation and involve the application of a special legal regime. We focus on the regulations approved by the University of Malaga regulating student mobility, student status with dedication to study part time and the extraordinary evaluation or compensation. Finally detect problems and critical points of regulation and formulate proposals for improving forecasts of legal texts and their practical application.

Keywords: Administrative aspects, student mobility, Part-time student, extraordinary evaluation or compensation and University of Málaga.

¹ El presente trabajo es el resultado de un encargo para participar como ponente en el Curso de formación colectiva especializada: “innovación docente en ciencias jurídicas y sociales” dirigido por la Profesora Titular de Universidad de Derecho Administrativo Isabel González Ríos a quien quiero agradecer la confianza en mi depositada y la oportunidad que me ofrece de aprender sobre aspectos jurídicos hasta ahora desconocidos. El curso se impartió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga en noviembre de 2013.

Sumario: 1.La movilidad estudiantil; 1.1 Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por la Universidad de Málaga; 1.1a. Evaluación del estudiante de la Universidad de Málaga que accede a otras universidades; 1.1.b. Evaluación de los estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio. 1.2. Aspectos a mejorar del régimen jurídico de la movilidad estudiantil y su puesta en práctica. 2. El estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial: 2.1. Normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial aprobadas por la Universidad de Málaga: 2.1a. Objeto, ámbito de aplicación y supuestos; 2.1b. Procedimiento administrativo de reconocimiento de esta situación administrativa; 2.1c. Los efectos del reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial y la expresa previsión de su procedimiento de evaluación en las programaciones académicas. 2.2. Aspectos a mejorar del régimen jurídico y su puesta en práctica. 3. La evaluación por compensación o evaluación extraordinaria: 3.1. Normas reguladoras de la evaluación por compensación o evaluación extraordinaria aprobadas por la Universidad de Málaga: 3.1.a. Ámbito de aplicación, estructura y contenido de la norma; 3.1.b. Presupuestos y límites y procedimientos de la evaluación extraordinaria. 3.2. Cambio de criterios en los acuerdos del Rectorado de la Universidad de Málaga por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas de tramitación de las solicitudes de evaluación extraordinaria. 3.3. Aspectos a mejorar del régimen jurídico de la evaluación por compensación y su puesta en práctica.

1. Aspectos administrativos de la movilidad estudiantil: su incidencia en la evaluación del estudiante.

La movilidad estudiantil es una práctica cada vez más consolidada en la realidad universitaria, muestra de ello son los datos y cifras del programa Erasmus que se exponen en el documento de resultados del curso académico 2011/12, que es el último que ha ofrecido el Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte². Los datos que este documento de Avance publica son significativos: Desde 1987, año de su creación, hasta el curso académico 2011/12, casi 395.000 estudiantes de instituciones de enseñanza superior españolas han participado en el Programa Erasmus. El número total de movilizaciones de estudiantes Erasmus para estudios y prácticas desde instituciones de enseñanza superior españolas en el curso académico 2011/12 fue de 39.545, lo que supone un incremento anual del 9,3%, inferior al del curso anterior (16,1%). La comunidad autónoma que más

² Este órgano es la Agencia Nacional para la gestión del nuevo programa Erasmus+, en el ámbito de la educación y la formación (2014-2020) y del Programa de Aprendizaje Permanente (PAP) 2007-2013. Vid. Real Decreto 903/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el estatuto del Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos y el Real Decreto 231/2013, de 5 de abril, por el que se modifica. <http://www.oapee.es/oapee/inicio/oapee.html>

estudiantes envió en términos absolutos fue Andalucía (8.625; 21,8%), y entre las universidades andaluzas la Universidad de Granada fue la que realizó el mayor número total de movildades (2.101), seguida de la Universidad de Sevilla³. Por su parte la Universidad de Málaga envió 848 estudiantes⁴. En este documento de Avance no se suministran datos sobre la movilidad de estudiantes hacia instituciones de enseñanza superior o empresas españolas (entradas), pues cuando se elaboró se disponían de los datos correspondientes que suministra la Dirección General de Educación y Cultura de la Comisión Europea, pero si acudimos a los datos sobre el curso académico 2011/12 que este órgano ya ha publicado observamos que entre las primeras 100 Universidades que recibieron alumnos Erasmus nos encontramos que las cuatro primeras universidades del ranking son españolas y entre ellas las dos primeras andaluzas: la Universidad de Granada con un total de 2052 estudiantes y la Universidad de Sevilla con un total de 1769 estudiantes. Por su parte la Universidad de Málaga está en el número 35 con un total de 684 estudiantes recibidos⁵.

No deja de ser menos cierto que por los miembros de las comunidad universitaria existe un amplio desconocimiento de cuáles son los trámites administrativos que las universidades tienen que cumplir y formalizar para poder promover, remover los obstáculos y garantizar este derecho que reconoce la Carta del Estudiante Erasmus⁶.

Estas líneas tienen por finalidad dar a conocer al profesorado de enseñanza superior las normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga. Conocer estos trámites es valorar el esfuerzo de la Administración universitaria y contribuir a su prestigio y buen funcionamiento pues la actuación del profesorado en su función docente contribuye directamente a la calidad del servicio público de la enseñanza superior, en este caso, con efectos más allá de nuestras fronteras territoriales.

³ Este informe proporciona un análisis estadístico del desarrollo de las acciones descentralizadas de movilidad del programa Erasmus en España en el curso académico 2011/12. Analiza los resultados de los diferentes tipos de acciones financiadas por el programa Erasmus (movilidad de estudiantes y personal, programas intensivos, cursos intensivos de lengua) en el curso 2011/12 y compara los resultados de este curso con los de convocatorias anteriores. El informe proporciona una visión general del presupuesto asignado y su grado de ejecución. Los datos sobre movilidad de estudiantes y personal, los cursos intensivos de lengua, y las visitas preparatorias desde instituciones de enseñanza superior españolas (salidas), así como los programas intensivos coordinados desde instituciones españolas se han elaborado a partir de los informes finales presentados por los beneficiarios (instituciones y consorcios) a la AN una vez finalizado el período de realización de las actividades de la convocatoria 2011/12.

⁴ Vid. Top 100 Higher Education Institutions Sending Erasmus Students 2011-2012. http://ec.europa.eu/education/library/statistics/ay-11-12/sending_en.pdf

⁵ Vid. Top 100 Higher Education Institutions Receiving Erasmus Students 2011-2012. http://ec.europa.eu/education/library/statistics/ay-11-12/receiving_en.pdf. Sobre la movilidad en programas de posgrado Vid. CASTRO A. y BUELA-CASAL, G., "La movilidad de profesores y estudiantes en programas de postgrado: ranking de las Universidades españolas" *Revista de Investigación en Educación*, nº 5, 2008, pp. 61-74. <http://webs.uvigo.es/reined/>.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:041:0012:0013:ES:PDF>.

1.1. Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por la Universidad de Málaga.

En julio de 2000 la Junta de Gobierno de la Universidad de Málaga aprobó una normativa reguladora de la movilidad estudiantil, fundamentada en las directrices establecidas por la Unión Europea, en la que establecieron los requisitos y procedimientos tanto académicos como administrativos para regular el intercambio de estudiantes entre la Universidad de Málaga y otras instituciones docentes. Aunque esta normativa tuvo unos efectos muy positivos para la comunidad universitaria, la necesidad de adaptarse a las nuevas demandas del Espacio Europeo de Enseñanza Superior dotando a nuestros títulos de un nuevo valor añadido, así como la cada vez mayor repercusión del programa SICUE-Séneca, que promueve la movilidad en el ámbito nacional, hicieron recomendable una revisión de las citadas normas en el año 2005.

Estas nuevas normas aprobadas en la sesión del Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga de 6 de mayo de 2005 se asientan en unos objetivos fundamentales: el primero, potenciar sus relaciones con otras Universidades; promover la movilidad de los miembros de la comunidad universitaria al amparo de diferentes convenios y programas de intercambio dentro y fuera del ámbito nacional y de la Unión Europea⁷. Para ello se hace imprescindible revisar los trámites administrativos y por ello las nuevas normas fijan como segundo objetivo unificar y simplificar los trámites administrativos correspondientes a los procesos de movilidad estudiantil. El tercero de los objetivos es potenciar la figura de los coordinadores académicos para agilizar y dotar de seguridad los intercambios. A ellos se les reconoce el establecimiento de exenciones en sus respectivas dedicaciones docentes como contrapartida a su trabajo y dedicación gestora.

Estas normas sobre movilidad se aplican tanto a estudiante de la Universidad de Málaga que acceden a otras universidades en régimen de intercambio como a estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio. En el primer caso se trata de estudiantes con expediente académico en la Universidad de Málaga para la obtención de un título de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, correspondiente a enseñanzas implantadas que deseen cursar en otras universidades con las que la Universidad de Málaga haya suscrito el correspondiente programa o convenio de movilidad recíproca, enseñanzas reconocibles a los efectos de la obtención del mencionado título, y los que pudieran, en su caso, resultar del respectivo programas o convenio. En el segundo caso se trata de estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio, es decir, estudiantes procedentes de otras universidades con las que la Universidad de Málaga haya suscrito el correspondiente

⁷ Publicadas en el BOJA número 100, del 25 de mayo de 2005.

programa o convenio de movilidad recíproca, al objeto de cursar enseñanzas impartidas en ella, de acuerdo con las previsiones y efectos del respectivo programa o convenio⁸.

Lo primero que la universidad tiene que realizar para el fomento de intercambio de estudiantes, como ya se ha mencionado, es, a través de su Comisión de Relaciones Internacionales, la supervisión del contenido de los programas o convenios de movilidad a suscribir y la formalización de los correspondientes convenios reguladores de la movilidad estudiantil⁹. Una vez formalizado este trámite, se procede a elaborar, primero, la equivalencia entre el sistema de valoración de créditos aplicable en dicha universidad y el correspondiente a las universidades asociadas a un determinado programa, o firmantes de un convenio concreto, en segundo lugar, se procede a elaborar la equivalencia entre los respectivos sistemas de calificaciones.

Fijado el marco general por la Comisión de Relaciones Internacionales, cada Centro concreta el régimen de reconocimiento académico a través de las Subcomisiones de Relaciones Internacionales, de este modo, primero se elaboran guías y catálogos informativos y, en segundo lugar, se concretan las llamadas Tablas de Equivalencia.

Las guías o catálogos informativos que elaboran cada uno de los centros de la Universidad de Málaga para cada uno de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional impartidos en el respectivo Centro establecen la valoración de cada una de las asignaturas que integran los respectivos planes de estudios, expresada en términos de créditos según el régimen de equivalencia establecida al respecto por la Comisión de Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga para el programa o convenio de movilidad de que se trate (por ejemplo, en créditos ECTS sería el resultado de aplicar la siguiente proporción: un curso completo equivale a 60 créditos ECTS, un semestre o cuatrimestre equivale a 30 créditos, y un trimestre a 20 créditos). La norma establece un límite ya que especifica que en ningún caso será posible el reconocimiento, mediante el procedimiento de movilidad estudiantil previsto en las presentes normas, de un número de créditos superior al 40% de la carga lectiva global del respectivo título, a excepción de los convenios cuya finalidad sea la obtención de más de una titulación por el estudiante¹⁰.

Las Tablas de Reconocimiento que elaboran cada uno de los centros de la Universidad de Málaga, contemplan la equivalencia entre las asignaturas correspondientes a cada una de las titulaciones impartidas en el respectivo centro, y las asignaturas impartidas en

⁸ Vid artículo 1 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

⁹ Vid artículo 3 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

¹⁰ Vid. artículo 12.3 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

la universidad de destino asociada o con la que se ha suscrito un convenio específico de colaboración¹¹.

Igualmente cada uno de los Centros tiene que designar, a través del Decano o Director, al menos a un Coordinador de Relaciones Internacionales y Movilidad a quien se le encomienda, especialmente, la organización de los respectivos coordinadores académicos, asumiendo sus funciones en caso de inexistencia de éstos. A su vez, el Coordinador de Relaciones Internacionales y Movilidad es el representante del respectivo Centro en la Comisión de Relaciones Internacionales y Movilidad de la universidad¹².

Finalmente, los Centros tienen que nombrar por el Decano o Director, a los Coordinadores Académicos que se encargarán especialmente del asesoramiento académico y del seguimiento de los estudiantes de movilidad¹³.

1.1.a. Evaluación del estudiante de la Universidad de Málaga que accede a otras universidades.

El Vicerrectorado de Estudiantes es el órgano competente para efectuar las convocatorias para la participación en los diferentes programas o convenios suscritos para la movilidad estudiantil. Las mencionadas convocatorias se publican en los tabloneros de anuncios de los diferentes centros de la Universidad de Málaga, así como en

¹¹ La Tabla de Reconocimiento debe ser elaborada y aprobada por la Subcomisión de Relaciones Internacionales del Centro en el plazo de un mes, a contar desde la firma del Convenio correspondiente. Para su aplicación efectiva, deberá ser aprobada posteriormente por las respectivas Comisiones de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias. Cualquier asignatura o materia de la universidad de destino que no se contemple en la respectiva Tabla de Reconocimiento podrá ser considerada como materia integrante de la oferta para la libre configuración curricular, como asignatura específica (“ad hoc”). Los reconocimientos de un número de créditos correspondientes a la carga lectiva de optatividad o de libre configuración curricular, por la realización de actividades equivalentes (períodos de prácticas en empresas, trabajos académicos dirigidos, etc.) realizados en el marco de programas o convenios de movilidad, serán resueltos por la Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias del respectivo Centro de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente y en el respectivo plan de estudios, haciéndose constar en el expediente del respectivo estudiante las actividades o materias con, en su caso, sus correspondientes calificaciones, que han originado dicho reconocimiento de créditos. Vid. artículo 2 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

¹² En el ejercicio de estas funciones se les reconoce la exención, no acumulable a otras reducciones, de una quinta parte de su carga docente en un curso académico siempre que el número de alumnos en régimen de movilidad afectos a su coordinación en dicho curso académico sea como mínimo de ocho estudiantes de la Universidad de Málaga que accedan a otras universidades, más algún/algunos procedentes de éstas. Vid artículo 5 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

¹³ Vid. artículo 4 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

su página web, e incluyen toda la información relativa a procedimientos, requisitos, plazos, órganos y criterios de selección, etc.¹⁴

Los alumnos interesados deben efectuar la preinscripción de acuerdo con las previsiones de la correspondiente convocatoria. La preinscripción se considera la manifestación del interesado de su deseo de cursar estudios en otra universidad, y que éstos sean reconocidos por la Universidad de Málaga a efectos de la obtención del respectivo título a expedir por ésta. La selección de los estudiantes se asienta en un procedimiento público de concurrencia competitiva, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, considerándose especialmente el expediente académico, el conocimiento de la lengua del país de destino en caso de no ser ésta la española, y la adecuación del programa o convenio de intercambio¹⁵. El vicerrectorado de estudiantes resuelve y hace pública la resolución de aspirantes admitidos con sus respectivas universidades de destino, y con indicación del profesor de la Universidad de Málaga que en cada caso actuará como coordinador académico del correspondiente programa o convenio.

Los alumnos que resulten seleccionados para participar en un programa o convenio de movilidad deben, con carácter previo a dicha participación y contando con el asesoramiento de su respectivo coordinador académico, formalizar un documento en el que se indican las asignaturas que van a cursar en la universidad de destino, así como las asignaturas correspondientes al plan de estudios que vienen cursando en la Universidad de Málaga, cuyo reconocimiento deseen obtener como consecuencia de la superación de aquéllas. La solicitud de reconocimiento se efectúa con arreglo a lo dispuesto en la respectiva Tabla de Reconocimiento aprobada por la correspondiente Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias; o, en su defecto, por los criterios de carácter general establecidos al respecto por la Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias del Centro de la Universidad de Málaga en el que se encuentre inscrito el estudiante.

Las propuestas de reconocimiento y sus posibles modificaciones son enviadas por el coordinador académico al coordinador de relaciones internacionales y movilidad del respectivo centro, al objeto de supervisar su adecuación a la “Tabla de Reconocimiento” de los estudios correspondientes y, en su caso, interesar las modificaciones necesarias. Por su parte el coordinador de relaciones internacionales y movilidad del Centro una vez determinada la adecuación de la propuesta previa de reconocimiento de estudios, la remitirá al Vicerrectorado de Estudiantes para su posterior traslado al órgano

¹⁴ Vid. artículo 6 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005. Sobre el Vicerrectorado de Estudiantes: <http://www.uma.es/ficha.php?id=1250> .

¹⁵ Vid. artículo 7 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

competente de la universidad de destino, para su conocimiento y a efectos de confirmar la aceptación del estudiante para cursar las asignaturas propuestas. Esta propuesta adquiere carácter definitivo cuando se encuentre firmado por el alumno, el coordinador académico, y el Presidente de la Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias, quedando evidentemente condicionado a la efectiva realización de los estudios tras su aceptación por la universidad de origen. En tal sentido, cualquier modificación que se produzca en el mismo deberá ser objeto de autorización expresa por el coordinador académico, a efectos de su adecuación al contenido del programa o convenio, y por la Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias, a efectos de su reconocimiento académico¹⁶.

Paralelamente a estos trámites los estudiantes deberán realizar en la universidad de destino los trámites administrativos que ésta determine de acuerdo con sus propias normas de organización, el respectivo programa o convenio de movilidad estudiantil, y la información facilitada desde la Universidad de Málaga mediante el documento de reconocimiento previo de estudios. Los estudiantes no vendrán obligados al pago en la universidad de destino, de ninguna cantidad económica en concepto de inscripción o matrícula, excepto en aquellos casos que los respectivos programas o convenios establezcan lo contrario¹⁷.

Una vez finalizada la estancia en la universidad de destino, el estudiante solicita del órgano competente en dicha universidad la expedición de una certificación académica, para su constancia personal, acreditativa de los estudios realizados, con indicación de la denominación de las correspondientes asignaturas o actividades, los créditos obtenidos y la calificación alcanzada, todo ello de acuerdo con los términos previstos en el programa o convenio de movilidad. Asimismo, el órgano competente de la Universidad de destino remite un ejemplar de dicha certificación académica al Vicerrectorado de Estudiantes de la Universidad de Málaga para su constancia oficial que posteriormente se remite al coordinador de relaciones internacionales y movilidad del Centro para su

¹⁶ Vid. artículo 8 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005. Una vez formalizado el compromiso previo de reconocimiento de estudios los estudiantes deben efectuar el pago de los precios públicos correspondientes al total de créditos cuyo reconocimiento se pretende como resultado de los estudios a cursar en la universidad de destino. Dicho pago tiene el carácter de ingreso a cuenta del correspondiente a la matrícula que se formalizará con carácter definitivo una vez finalizada la estancia del estudiante en la universidad de destino, y a la vista del reconocimiento final que se efectúe, de acuerdo con las respectivas normas de matriculación vigentes. En ningún caso procederá la devolución de precios abonados en concepto de ingreso a cuenta aunque éste sea superior a la matrícula formalizada definitivamente. La realización del mencionado pago de derechos supondrá la consideración del interesado como alumno de la Universidad de Málaga, a todos los efectos, en el curso académico de referencia. Vid. artículo 9 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

¹⁷ Vid. artículo 10 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

traslado al coordinador académico a efectos de la cumplimentación del Acta de Reconocimiento Académico. Tras su comprobación el coordinador académico recaba la preceptiva firma del Presidente de la Comisión de Convalidaciones, Adaptaciones y Equivalencias, y traslada el acta a la Secretaría del Centro a efectos de su correspondiente constancia en el expediente académico del alumno, previa solicitud de éste. El Acta de Reconocimiento Académico establece las calificaciones, correspondientes al sistema universitario español, que se incorporan al expediente académico del estudiante, en las asignaturas reconocidas, como resultado del proceso de adecuación de las calificaciones obtenidas en la universidad de origen. Estas calificaciones se imputan de oficio en el expediente en la primera convocatoria ordinaria del curso académico respectivo¹⁸.

1.1.b. Evaluación de los estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio.

Para los alumnos que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio, el Vicerrectorado de Estudiantes, a través de la página web de la Universidad de Málaga, y de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos programas o convenios de movilidad, efectúa la convocatoria para la recepción de solicitudes de admisión de estudiantes. En dicha convocatoria se indican las asignaturas ofertadas, los plazos de solicitud, los requisitos exigidos en su caso, y el modelo de petición que podrá ser tramitado de forma telemática. Los estudiantes interesados deben indicar las asignaturas ofertadas por la Universidad de Málaga que desean cursar dentro del correspondiente programa de movilidad, teniendo en cuenta que los estudios a realizar deberán corresponder, al menos en un 60%, al área (o área afín) correspondiente al respectivo programa o convenio de intercambio, a excepción de aquellos en los que no se especifique área alguna o se establezcan varias (por ejemplo: programas bilaterales o ISEP). Condición necesaria para atender las solicitudes es que éstas cuenten con el visto bueno del órgano competente de la universidad de origen, de acuerdo con las previsiones del respectivo programa o convenio de movilidad¹⁹.

El Vicerrectorado de Estudiantes resuelve las solicitudes de admisión, de acuerdo con las previsiones al respecto del correspondiente programa o convenio, y de los criterios establecidos por la Comisión de Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga. La resolución adoptada se notifica a los solicitantes, y a sus respectivas universidades y en aquellos casos en que se acceda a lo solicitado, se les remite su carta de aceptación, a efectos de obtención, en su caso, del correspondiente visado de su pasaporte facilitándoles toda la información necesaria al respecto: fechas de inicio de

¹⁸ Vid. artículo 12 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

¹⁹ Vid. artículo 13 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

los estudios, datos de contacto (personas, direcciones, teléfonos, e-mail, fax...), procedimiento a seguir en su incorporación a la Universidad de Málaga, documentación que deberán aportar e información general sobre la Universidad de Málaga²⁰.

La inscripción de los estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio se efectúa de acuerdo con un procedimiento que tiene los siguientes trámites: en primer lugar se les hace una recepción en el Vicerrectorado de Estudiantes, donde se les asigna un coordinador académico y se les entrega el documento acreditativo de su incorporación a la Universidad de Málaga; en segundo lugar se procede a formalizar una reunión con el respectivo coordinador académico para confirmar las asignaturas a cursar en la Universidad de Málaga, de acuerdo con la solicitud de admisión efectuada en su momento por el estudiante; seguidamente se formaliza la matrícula de las asignaturas seleccionadas y se obtiene la correspondiente acreditación (documento oficial de matriculación y carné de estudiante) en las correspondientes dependencias administrativas del Vicerrectorado de Estudiantes²¹; en su caso, se concreta también una reunión con el coordinador de relaciones internacionales y movilidad del respectivo Centro para la asignación de grupos de docencia e información sobre demás aspectos organizativos de régimen interno del respectivo centro. Una vez inscrito el estudiante disfruta de los mismos derechos y obligaciones que los estudiantes que cursan estudios conducentes a títulos oficiales de la Universidad de Málaga, a excepción de la posibilidad de participar en procesos para la elección de representantes de los estudiantes en los órganos de gobierno de la Universidad de Málaga, y de las prestaciones de seguro escolar, que quedarán sujetas a lo dispuesto en la normativa española vigente en la materia²². Ello implica que a estos estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga en régimen de movilidad les es de aplicación plena las guías docentes de las asignaturas de las que se han matriculado, guías en las que recordemos que se establecen los contenidos, competencias que se han de adquirir y formas y criterios de evaluación. Es por ello que cabría plantearse la conveniencia de introducir en esas guías una previsión a estos estudiantes sobre los contenidos que se les exigen y sobre la prueba que evalúe su aprendizaje.

La certificación de los estudios realizados por los estudiantes que acceden a la Universidad de Málaga se formaliza en las actas específicas que son remitidas por el Vicerrectorado de Estudiantes a los Departamentos. Los profesores responsables de las

²⁰ Vid. artículo 14 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

²¹ Los estudiantes no vendrán obligados al pago de precios públicos por la prestación de servicios docentes y administrativos, a excepción de aquellos programas o convenios en que se establezca lo contrario. Vid. artículo 16 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

²² Vid. artículo 15 y 16 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

asignaturas cursadas por alumnos en régimen de intercambio hacen constar las calificaciones obtenidas por dichos alumnos de acuerdo con el sistema general de calificaciones aplicable en la Universidad de Málaga. Los profesores, en el plazo más breve posible, remiten al Vicerrectorado de Estudiantes las mencionadas actas debidamente cumplimentadas, para que por éste se proceda a la expedición de las certificaciones académicas específicas, de acuerdo con los requerimientos formales de los respectivos programas o convenios, tras efectuar las conversiones que resulten procedentes. Las certificaciones académicas específicas se remiten por el Vicerrectorado tanto a los respectivos estudiantes como a los órganos competentes de sus universidades de origen²³. A este respecto, señalar una cuestión a mejorar. Cuando al estudiante se le asigna un grupo de docencia por el coordinador de relaciones internacionales sería oportuno fijar algún mecanismo de información formal tanto al Vicerrectorado de Estudiantes como al profesor del grupo al que se le ha asignado, pues ello contribuye a favorecer no solo el proceso de evaluación del estudiante sino también la cumplimentación de las correspondientes actas específicas de movilidad que son únicas para todos los estudiantes de movilidad independientemente del grupo al que se asignan. Hasta ahora la forma en que se localizan estos alumnos es a través de un correo electrónico del personal administrativo del Departamento que pregunta qué profesores han tenido en su grupo de docencia a los alumnos en movilidad que deben ser calificados en el acta. Incorporar el cauce de información que se propone contribuiría, en primer lugar, a dotar de seguridad jurídica al proceso de evaluación y, en segundo lugar, a dotar de celeridad el proceso de calificación y formalización de las actas.

1.2. Aspectos a mejorar del régimen jurídico y su puesta en práctica.

Puesto que es estudiante que accede a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio una vez inscrito disfruta de los mismos derechos y obligaciones que los estudiantes que cursan estudios conducentes a títulos oficiales de la Universidad de Málaga les son de aplicación plena las guías docentes de las asignaturas de las que se han matriculado, guías en las que recordemos que se establecen los contenidos, competencias que se han de adquirir y formas y criterios de evaluación. Es por ello que cabría plantearse la conveniencia de introducir en esas guías una previsión a estos estudiantes sobre los contenidos que se les exigen y sobre la prueba que evalúe su aprendizaje.

En relación a la cumplimentación de las actas cuando al estudiante que accede a la Universidad de Málaga en régimen de intercambio se le asigna un grupo de docencia por el coordinador de relaciones internacionales sería oportuno fijar algún mecanismo de información formal tanto al Vicerrectorado de Estudiantes como al profesor del grupo al que se le ha asignado, pues las correspondientes actas específicas de movilidad

²³ Vid. artículo 17 de las Normas reguladoras de la movilidad estudiantil aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga en su sesión celebrada el 6 de mayo de 2005.

son únicas para todos los estudiantes de movilidad independientemente del grupo al que se asignan. Incorporar el cauce de información que se propone contribuiría, en primer lugar, a dotar de seguridad jurídica al proceso de evaluación y, en segundo lugar, a dotar de celeridad el proceso de calificación y formalización de las actas.

2. El estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial.

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades reconoce a los estudiantes el derecho a una atención que facilite compaginar los estudios con la actividad laboral²⁴. Asimismo, el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales determina que deberá incluirse en la memoria para la solicitud de verificación de los Títulos Oficiales el número mínimo de créditos europeos de matrícula por estudiante y período lectivo y, en su caso, las normas de permanencia. Esta ordenación debe permitir a los estudiantes cursar estudios a tiempo parcial y debe atender a cuestiones derivadas de la existencia de necesidades educativas especiales²⁵. Del mismo modo, el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades reconoce el derecho de los estudiantes a una atención que facilite compaginar los estudios con la actividad laboral y con otras circunstancias personales citando textualmente “*embarazo, lactancia y otras cargas familiares*”²⁶.

Por otra parte, el Estatuto del Estudiante Universitario determina, que las Administraciones públicas con competencias en materia universitaria y las universidades establecerán, dentro de sus disponibilidades presupuestarias, las medidas que sean necesarias para que los estudiantes a tiempo parcial puedan ejercer los derechos que le son reconocidos, y en especial, la obtención de calificaciones a través de trayectorias de aprendizaje flexibles. Añadiendo, a continuación, que a estos efectos los estudiantes que lo deseen pueden solicitar el reconocimiento de estudiante a tiempo parcial a su universidad, que procederá a identificar esta condición²⁷. Al hilo de lo anterior y como complemento indispensable, algunos de los derechos reconocidos en el

²⁴ Vid. artículo 46.2,k) de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, en redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007.

²⁵ Vid. el apartado 1.5 del Anexo I, relativo a la memoria para la solicitud de verificación de los Títulos Oficiales. El Real Decreto mencionado fue modificado por el Real Decreto 861/2010, de 2 de julio.

²⁶ Vid. artículo 53.3k) del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades

²⁷ Vid. artículo 7.2 del Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. Notas sobre el borrador de estatuto del estudiante universitario, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 86, 2, 2010, págs. 63 – 120; JIMÉNEZ SOTO. I. El estatuto del estudiante universitario: un reto de la Administración educativa, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 1 (Enero), 2010, págs. 25-48.

Estatuto del Estudiante Universitario que deben ser especialmente considerados por las Universidades para hacerlos efectivos respecto de los estudiantes con dedicación a tiempo parcial son: “...b) A la igualdad de oportunidades, sin discriminación alguna, en el acceso a la universidad, ingreso en los centros, permanencia en la universidad y ejercicio de sus derechos académicos; c) A una formación académica de calidad; d) A una atención y diseño de las actividades académicas que faciliten la conciliación de los estudios con la vida laboral y familiar, así como el ejercicio de sus derechos por las mujeres víctimas de la violencia de género, en la medida de las disponibilidades organizativas y presupuestarias de la universidad; e) Al asesoramiento y asistencia por parte de profesores, tutores y servicios de atención al estudiante; (...) h) A una evaluación objetiva y siempre que sea posible continua, basada en una metodología activa de docencia y aprendizaje”²⁸.

Es evidente, por tanto, a la luz de estas normas, que el régimen de dedicación al estudio de los estudiantes universitarios puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial, y que corresponde a la Universidad contemplar estas dos situaciones y regular las condiciones y los efectos que pudieran derivarse de su reconocimiento. Veamos cual ha sido la regulación de la Universidad de Málaga.

2.1. Normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial aprobadas por la Universidad de Málaga.

El Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011, a propuesta del Consejo de Dirección, y previa audiencia a los representantes de los Estudiantes acordó aprobar las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga²⁹.

2.1.a. Objeto, ámbito de aplicación y supuestos.

El objeto de las normas mencionadas es como ellas mismas indican regular el régimen de dedicación al estudio de los estudiantes de la Universidad de Málaga que se encuentren matriculados en estudios correspondientes a las titulaciones oficiales de Grado, Máster y Doctorado, con una salvedad, pues quedan excluidos de su ámbito de aplicación los estudiantes de la Universidad de Málaga que se encuentren matriculados en titulaciones conjuntas con otras universidades nacionales o extranjeras, conducentes a la obtención de un único título oficial de Graduado o Graduada, Máster Universitario

²⁸Vid. JIMÉNEZ SOTO. I. Derechos y responsabilidades en el Estatuto del Estudiante Universitario, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 3 (enero), 2011, págs. 27-54.

²⁹Publicadas en el BOJA número 150, de 2 de agosto de 2011.

o Doctor o Doctora. Estos se regirán por lo que se establezca en los respectivos convenios o lo que determinen las memorias de verificación correspondientes³⁰.

Estas normas reconocen como régimen ordinario de estudio el estudio a tiempo completo y como régimen extraordinario el estudio a tiempo parcial, considerándose estudiantes con dedicación al estudio a tiempo parcial aquellos que lo soliciten y acrediten alguna de las circunstancias que se enumeran en el artículo 6 de las normas que analizamos, y consecuentemente les sea reconocida de manera expresa dicha condición mediante resolución motivada del Vicerrectorado de Estudiantes³¹.

Las normas prevén unos supuestos y unos modos de acreditación que se pueden clasificar en circunstancias de conciliación de vida laboral o familiar y circunstancias de pertenencia a colectivos de especial protección o promoción³². Entre las circunstancias de conciliación de la vida laboral o familiar se concretan:

- a) Estar trabajando y acreditar, que durante el curso académico se tiene una relación laboral cuya duración es como mínimo de 180 días. Esta circunstancia deberá ser acreditada mediante la aportación del contrato de trabajo o nombramiento administrativo, en su caso, y la documentación justificativa de la situación de alta en la Seguridad Social o régimen equiparable.
- b) Tener la consideración de cuidador principal de personas dependientes, debiendo acreditarlo mediante la presentación de documentación justificativa y certificación expedida por el organismo competente para el reconocimiento de la situación de dependencia.
- c) Tener hijos menores de tres años a cargo, debiendo acreditarlo mediante la aportación de la documentación justificativa de esta situación.

Entre las circunstancias de pertenencia a colectivos de especial protección o promoción se concretan:

- a) Estar afectado por una discapacidad física, psíquica o sensorial, en un grado igual o superior al 33 por ciento, debiendo acreditarlo mediante certificación emitida por el organismo competente para el reconocimiento de esta discapacidad.

³⁰ Vid. artículo 1 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

³¹ Vid. artículo 3 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

³² Vid. artículo 6 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

- b) Tener la consideración de víctimas de actos de terrorismo, debiendo justificarlo mediante la aportación de la certificación correspondiente expedida por el órgano competente, de acuerdo con la Ley que regula esta situación.
- c) Tener la consideración de víctima de violencia de género, debiendo acreditarlo mediante la aportación de la documentación que justifique el reconocimiento de esta situación.
- d) Tener la consideración de deportista de alto nivel y alto rendimiento, debiendo acreditarlo mediante la aportación de la documentación que acredite esta condición.
- e) Estar incluido en el ámbito de aplicación de un convenio suscrito con otras universidades que contemplen esta situación, para garantizar la movilidad de los estudiantes.
- f) Ser mayor de 45 años.

Sobre estas dos últimas circunstancias es necesario hacer algunas valoraciones: respecto a estar incluido en el ámbito de aplicación de un convenio suscrito con otras Universidades que contemplen esta situación para garantizar la movilidad de los estudiantes podemos concluir que es una circunstancia que no se explica muy bien puesto que si se refiere a tener esta circunstancia en su Universidad de origen es muy excepcional que igualmente pueda estar disfrutando de una situación de movilidad, pues puede entenderse que se está desvirtuando la situación de dependencia o de compatibilizar el estudio con la vida laboral, por otro lado, en el caso de que sea un estudiante en régimen de movilidad y que en ese régimen, una vez disfrutando de la estancia, se produzca una circunstancia que favorece el reconocimiento de la condición de estudiante a tiempo parcial, debería ajustarse a la normativa de la Universidad de Málaga sin necesidad de preverse este principio de reciprocidad. Respecto a la circunstancia de ser mayor de 45 años es cuestionable por qué tan sólo por razón de edad sin acompañamiento de otra circunstancia de conciliación de vida laboral o familiar y de pertenencia a colectivos de especial protección o promoción podría reconocerse la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial. Por qué mayor de 45 años y no mayor de 40 años o mayor de 50 años.

No deja de ser peculiar la previsión de la disposición adicional tercera de las Normas que lleva por título “*Otras situaciones*” pues a los estudiantes que se encuentren de baja por maternidad o que disfruten de la correspondiente licencia por maternidad o paternidad, se les reconoce el derecho al reconocimiento de un régimen de asistencia a clase de carácter flexible, que no afecte negativamente a su evaluación. Una crítica que podemos realizar a este régimen jurídico es la falta de previsión de otras circunstancias que podrían haberse contemplado, por ejemplo, la situación de enfermedad o la exigencia de tratamientos médicos prolongado que no estuvieran contemplados en los casos de discapacidad.

2.1.b. Procedimiento administrativo de reconocimiento de esta situación administrativa.

Los interesados en el reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial deben formalizar la correspondiente solicitud, durante su período de matrícula, de acuerdo con el calendario establecido por la Universidad de Málaga, alegando alguna de las circunstancias que hemos analizado y aquellas otras que se le requiera expresamente por el Vicerrectorado de Estudiantes. Un requisito controvertido que exige la norma es que las circunstancias alegadas para solicitar el reconocimiento de la condición de estudiante a tiempo parcial deben concurrir necesariamente en los interesados a fecha 1 de octubre del curso académico para el que se formalice la correspondiente matrícula³³. Calificamos este requisito de controvertido pues si bien es verdad que aporta un criterio de seguridad jurídica no se predica de él un valor de equidad pues ofrece como resultado que iguales situaciones de hecho tengan diferente tratamiento jurídico y se produzcan efectos jurídicos desiguales, así un estudiante que tuviera formalizado un contrato a fecha de 30 de septiembre podrían tener el reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación a tiempo parcial y un estudiante que formalizara su contrato a fecha de 2 de octubre no estaría en los supuestos previstos en la norma. A nuestro juicio la condición de estudiante con dedicación a tiempo parcial debería poder solicitarse en cualquier momento del curso académico, desplegando sus efectos desde el día siguiente a la notificación de la resolución administrativa que la reconociera.

El reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial se realiza, una vez valorada la solicitud y la documentación justificativa aportada por los interesados, mediante resolución expresa dictada por el Vicerrectorado de estudiantes, en el plazo de quince días hábiles, computados a partir del siguiente a la formalización de la solicitud y tienen una vigencia temporal de un curso académico, debiendo solicitarse la renovación, en su caso, al inicio de cada curso, siempre que concurren y se acrediten de forma fehaciente las circunstancias que dieron lugar al citado reconocimiento³⁴. No podemos dejar de mencionar que ni los Centros ni los profesores tienen constancia del reconocimiento de esta condición a un estudiante porque no se ha formalizado cauce ninguno de información al respecto, así que queda a la voluntad y diligencia del alumno que informe al profesor al respecto.

³³ Vid. artículo 5 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

³⁴ Vid. artículo 7 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

2.1.c. Los efectos del reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial y la expresa previsión de su procedimiento de evaluación en las programaciones académicas.

El reconocimiento de la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial produce dos tipos de efectos: unos que podrían clasificarse de administrativos y otro que podría clasificarse de académicos³⁵.

Entre los primeros: el derecho preferente del estudiante a elegir turno cuando existan dos o más grupos de una determinada asignatura o materia y los citados grupos tengan horarios diferentes; el derecho del estudiante a matricularse de un número de créditos inferior al mínimo que corresponda a los alumnos con dedicación a tiempo completo, y que no podrá ser inferior a 30 créditos, salvo que le resten un número inferior para finalizar los estudios, y el derecho del estudiante a obtener un tratamiento diferente al de los estudiantes con dedicación a tiempo completo en las normas que regulen el progreso y la permanencia de los estudiantes en la Universidad de Málaga.

En cuanto al efecto que hemos llamado de carácter académico, al estudiante a tiempo parcial se le reconoce el derecho a un régimen de asistencia a clase de carácter flexible, que no afecte negativamente a su proceso de evaluación. A tal efecto, las Comisiones de Ordenación Académica de los diferentes Centros de la Universidad de Málaga deben concretar el alcance de dicha flexibilidad en sus respectivas titulaciones. Centrémonos, a modo de ejemplo, en la Comisión de Ordenación Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga³⁶.

Siguiendo el dictado de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial, el Plan de Ordenación Docente de la Universidad de Málaga relativo al curso académico 2013 – 2014 establece que en las guías docentes de cada asignatura se debe señalar el procedimiento de evaluación del alumnado con el reconocimiento de estudiante a tiempo parcial y con el reconocimiento de deportista universitario de alto nivel respetándose el derecho al reconocimiento de un régimen de asistencia a clase de carácter flexible. El mismo Plan de Ordenación Académica establece como garantía que la Comisión de Ordenación Académica de cada Centro debe concretar el alcance de esa flexibilidad³⁷. La Comisión de Ordenación Académica de la Facultad de Derecho se

³⁵ Vid. artículo 4 de las normas reguladoras de la condición de estudiante a tiempo parcial de la Universidad de Málaga aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga, en sesión celebrada el 21 de Julio de 2011.

³⁶ Sobre los deberes específicos de los estudiantes y la obligación de asistencia a clase vid. ESPADA RECAREY, L., “*Valoración de la asistencia a clases lectivas y entrega de copias de exámenes en las Universidades Españolas*”, Vigo, Consello Social Universidade, 2005.

³⁷ Vid el Anexo III, relativo a la Guía docente de asignatura en el Plan de Ordenación Docente de la Universidad de Málaga relativo al curso académico 2013 – 2014. http://www.uma.es/publicadores/wccee/wwwuma/POD_CURSO_2013_2014.pdf

reunió el 27 de septiembre de 2012 para tratar esta cuestión y en ella se adoptaron los siguientes acuerdos: a) el “régimen de asistencia a clase de carácter flexible” debe hacerse compatible con las características de las enseñanzas de las titulaciones; b) la flexibilidad en el régimen de asistencia a clase de los alumnos queda garantizada en las programaciones docentes; c) la Comisión de Ordenación Académica velará para que en las programaciones docentes se permita al alumno la evaluación y calificación de las actividades previstas en dichas programaciones, sin que resulte obligatoria la asistencia a la totalidad de las actividades programadas. Es oportuno tener en cuenta la complejidad de esta última competencia de velar para que en las programaciones docentes se permita al alumno la evaluación y calificación de las actividades previstas en dichas programaciones, sin que resulte obligatoria la asistencia a la totalidad de las actividades programadas, pues más allá de informar las programaciones académicas y sugerir reiteradamente su mejora en las previsiones de contenido que exigen los Planes de Ordenación Docente de la Universidad, poco más pueden hacer en la práctica.

Buceando en las programaciones académicas del curso 2013 – 2014 del Grado en Derecho comprobamos lo siguiente:

1. Un grupo de guías docentes de asignaturas no contemplan en la evaluación ninguna referencia a la figura del estudiante a tiempo parcial, con lo que a los estudiantes que se les reconoce esta condición no se les concreta el derecho a un régimen flexible de asistencia y por ello la programación incumple la obligación impuesta por el Plan de Ordenación Docente.
2. Un grupo de guías docentes de asignaturas que tan sólo reproduce el contenido del Plan de ordenación docente: “*derecho al reconocimiento de un régimen de asistencia a clase de carácter flexible*”, pero no concreta nada dejándolo absolutamente indeterminado e incumplen igualmente la obligación impuesta por el Plan de Ordenación Docente.
3. Alguna guía docente cita la Resolución de la Comisión de Ordenación Académica de la Facultad de Derecho, de 27 de Septiembre de 2012, en la que se explicita que el régimen de asistencia a clase de carácter flexible implica que no sea obligatoria la asistencia a la totalidad de las actividades programadas.
4. Otra guía docente concreta que los estudiantes a tiempo parcial deben realizar las mismas pruebas que el resto de los alumnos para ser evaluados, si bien los profesores podrán acordar con ellos un régimen particular de entrega de trabajos y las pruebas expositivas se programarán de forma que estos alumnos las puedan realizar.
5. Otra guía docente concreta que dado que los estudiantes a tiempo parcial no han realizado tareas evaluables durante el curso, su calificación se realiza teniendo en cuenta el examen final de la asignatura, que contará un 80% de la nota final. El 20% restante se obtiene de la valoración de los casos prácticos y trabajos que determine el profesor de

entre los que se realicen durante el curso. La valoración de los trabajos se realizará de forma oral ante un tribunal formado por tres profesores de la asignatura.

6. Por último una guía docente concreta el sistema de evaluación muy detallado como a continuación se reproduce: “Se realizará un examen final escrito de la asignatura en cada una de las convocatorias establecidas oficialmente para comprobar el grado alcanzado en la adquisición global de conocimientos, competencias y habilidades. Éste constará de preguntas teóricas de desarrollo; de otras breves o conceptuales, así como de cuestiones de índole práctico. La puntuación otorgada en este apartado tendrá un peso global del 85% en la calificación global de la asignatura. La superación de dicho examen común es obligatoria para todos los alumnos. La participación y satisfactorio desarrollo de las actividades prácticas que se pudieran proponer a lo largo del curso (presenciales o no; individuales o de equipo; en grupo grande o reducido), entre otras: la elaboración de ejercicios; la contestación a cuestionarios; la resolución de test; la realización y presentación pública de trabajos; la preparación y participación en los debates o foros electrónicos, así como cualquier otra actividad académica que se pudiera programar, tendrá un peso global del 15% en la calificación global de la asignatura, todo ello en el bien entendido supuesto de que la atención a estas actividades pueda realizarse en el marco del régimen de asistencia a clase flexible. La puntuación obtenida en este apartado se guardará y mantendrá de un modo inalterable para la segunda convocatoria ordinaria y, en su caso, para la extraordinaria. En el supuesto de que el alumno no pudiera realizar ninguna de las actividades detalladas y tuviera causa justificada para ello, la nota obtenida en el examen final escrito se corresponderá con su calificación final”.

A la vista de lo mostrado es necesaria una mayor concreción y homologación del sistema de evaluación en las guías docentes de las asignaturas pues el contenido del derecho queda totalmente indeterminado en algunas de ellas.

2.2. Aspectos a mejorar del régimen jurídico del estudiante a tiempo parcial y su puesta en práctica.

Recapitulando a modo de conclusión, en relación a los supuestos que dan lugar al reconocimiento de la condición de estudiante a tiempo parcial es necesario hacer algunas valoraciones: pues el supuesto de estar incluido en el ámbito de aplicación de un convenio suscrito con otras universidades que contemplen esta situación para garantizar la movilidad de los estudiantes, podemos concluir que es una circunstancia que no se explica muy bien puesto que si se refiere a tener esta circunstancia en su Universidad de origen es muy excepcional que igualmente pueda estar disfrutando de una situación de movilidad, pues puede entenderse que se está desvirtuando la situación de dependencia o de compatibilizar el estudio con la vida laboral, por otro lado, en el caso de que sea un estudiante en régimen de movilidad y que en ese régimen, una vez disfrutando de la estancia, se produzca una circunstancia que favorece el

reconocimiento de la condición de estudiante a tiempo parcial, debería ajustarse a la normativa de la Universidad de Málaga sin necesidad de preverse este principio de reciprocidad. Respecto a la circunstancia de ser mayor de 45 años es cuestionable por qué tan sólo por razón de edad sin acompañamiento de otra circunstancia de conciliación de vida laboral o familiar y de pertenencia a colectivos de especial protección o promoción podría reconocerse la condición de estudiante con dedicación al estudio a tiempo parcial. Por qué mayor de 45 años y no mayor de 40 años o mayor de 50 años. Por otro lado y aunque valoramos de oportuna la previsión de la disposición adicional tercera de las Normas que lleva por título “*Otras situaciones*” y por la que a los estudiantes que se encuentren de baja por maternidad o que disfruten de la correspondiente licencia por maternidad o paternidad, se les reconoce el derecho al reconocimiento de un régimen de asistencia a clase de carácter flexible, que no afecte negativamente a su evaluación, es necesario expresar la crítica de la falta de previsión de otras circunstancias que podrían haberse contemplado, por ejemplo, la situación de enfermedad o la exigencia de tratamientos médicos prolongado que no estuvieran contemplados en los casos de discapacidad. Las universidades deben ser especialmente sensibles a la atención de este tipo de situaciones personales, pero igualmente deben ser especialmente cuidadosas al establecer un régimen jurídico especial que se aparte del régimen jurídico general con objeto de no vulnerar el principio constitucional de igualdad.

El requisito que exige la norma de que las circunstancias alegadas para solicitar el reconocimiento de la condición de estudiante a tiempo parcial deben concurrir necesariamente en los interesados a fecha 1 de octubre del curso académico para el que se formalice la correspondiente matrícula, lo calificamos de poco oportuno pues si bien es verdad que aporta un criterio de seguridad jurídica no se predica de él un valor de equidad pues ofrece como resultado que iguales situaciones de hecho tengan diferente tratamiento jurídico y se produzcan efectos jurídicos desiguales. A nuestro juicio la condición de estudiante con dedicación a tiempo parcial debería poder solicitarse en cualquier momento del curso académico, desplegando sus efectos desde el día siguiente a la notificación de la resolución administrativa que la reconociera.

Una vez reconocida la condición de estudiante con dedicación a tiempo parcial por el Vicerrectorado de Estudiantes ni los centros ni los profesores tienen constancia del reconocimiento de esta condición a un estudiante matriculado en su asignatura y en su grupo porque no se ha formalizado cauce ninguno de información al respecto, así que queda a la voluntad y diligencia del alumno que informe al profesor al respecto. A nuestro juicio sería oportuno que de esta condición se dejara constancia en las aplicaciones informáticas oportunas de gestión de alumnos, calificaciones y actividades académicas.

Por otro lado la competencia de que la Comisión de Ordenación Académica vele para que en las programaciones docentes se permita al estudiante a tiempo parcial la

evaluación y calificación de las actividades previstas en dichas programaciones, sin que resulte obligatoria la asistencia a la totalidad de las actividades programadas es de suma complejidad, pues más allá de informar las programaciones académicas y sugerir reiteradamente su mejora en las previsiones de contenido que exigen los Planes de Ordenación Docente de la Universidad, poco más pueden hacer en la práctica. Constancia de ello ha quedado en la exposición de las menciones de diferentes guías de asignaturas.

3.La evaluación por compensación o evaluación extraordinaria.

La autonomía de las Universidades comprende, entre otras, la competencia en materia de admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes³⁸. La mayor parte de las Universidades españolas en el marco de la libertad académica consagrada en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades han previsto la evaluación curricular o la evaluación por compensación como una forma de evaluación extraordinaria en la verificación de conocimientos. Este procedimiento no es nuevo pues fue el utilizado con anterioridad a la vigente Ley para superar el curso selectivo de las Escuelas de Ingenieros y de las Escuelas de Ciencias. Esta forma de evaluación busca primar la trayectoria de un estudiante que haya rendido aceptablemente a lo largo de sus estudios y, que en un momento de sus estudios universitarios, se haya encontrado con un obstáculo difícil de superar. Con esta evaluación extraordinaria se pretenden superar fallos puntuales del estudiante o de la propia universidad, mejorando el sistema tradicional de evaluación al añadir un criterio de valoración consistente en tener en cuenta la trayectoria global del estudiante³⁹.

³⁸ Vid. artículo 2.2,f) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y artículo 3.a del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades. Vid. las obras clásicas de los profesores ARIÑO ORTIZ, G. "Autonomía y reforma universitaria. La Ley Maravall" *Cuenta y razón* núm. 13, 1983; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La autonomía Universitaria" *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, 1988, págs.7 – 22; LEGUINA VILLA, J., "La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Boletín de información universitaria*, núm. 1, Madrid, Consejo de Universidades; PAREJO ALFONSO, L., "La autonomía universitaria", *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las Universidades Públicas*, Manuales de formación continua, núm. 16, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001; SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. y PALENCIA HERREJO, F. *La nueva regulación de las universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Granada, Comares, 2002; MORA, J.C. "El gobierno de las universidades entre la autonomía y la eficiencia" *seminario internacional sobre gobierno y gestión de las universidades*, Barcelona, Cátedra UNESCO de la UPC y EAIR, 2000 y SANCHEZ BLANCO, A. "Introducción al constituyente universitario español. De la Ley General de Educación de 1970 a la Ley de Reforma Universitaria de 1983", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 117, 1988, págs. 261 – 319.

³⁹ Sobre el régimen jurídico de la evaluación curricular o por compensación vid. ESPADA RECAREY, L. y LORENZO BARREIRO, M. *normativa de permanencia y de evaluación por compensación de las universidades españolas*, Consello Social, Universidad de Vigo, 2001; ESPADA RECAREY, L., *Evaluación curricular o por compensación: otra forma de calificación académica*, Consello Social, Universidad de Vigo, 2003; JIMÉNEZ SOTO, I. "La compensación de créditos en la Universidad", *Diario Ideal de Granada*, 11 de marzo de 2003, págs.. 20 – 21. Sobre los conflictos en su aplicación y los

Veamos como se ha concretado por la Universidad de Málaga esta forma de evaluación extraordinaria.

3.1. Normas reguladoras de la evaluación por compensación o evaluación extraordinaria aprobadas por la Universidad de Málaga.

Los Estatutos de la Universidad de Málaga en sus artículos 124 y 134 regulan el régimen de convocatorias de exámenes así como la elaboración y aprobación de las programaciones académicas y los sistemas de evaluación aplicables⁴⁰. Pero este cuerpo normativo, que nada especifica sobre la evaluación por compensación, se ha visto desbordado por la realidad y ha sido necesario aprobar unas normas específicas que resuelvan situaciones como: a) la necesidad de compatibilizar las actuales previsiones estatutarias en materia de convocatorias de exámenes, como forma de evaluación de conocimientos y unidad de medida de la permanencia de los estudiantes, con los sistemas de evaluación preconizados para la aplicación del EEES, en los que se alude no sólo a conocimientos sino también a competencias⁴¹; b) la necesidad de la búsqueda de soluciones operativas homogéneas para la custodia de documentos en que se sustenta la evaluación de los estudiantes y c) la necesidad de incorporar sistemas especiales de evaluación que puedan declarar la superación de asignaturas sin la utilización de una convocatoria de examen, ante determinadas situaciones académicas de los estudiantes, como la no superación de asignaturas tras la utilización del número máximo de convocatorias, (es lo que llamamos la evaluación por compensación). Para dar respuesta a estas necesidades el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga aprobó las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo, en su sesión de 18 de diciembre de 2009⁴².

3.1.a. Ámbito de aplicación, estructura y contenido de la norma.

conflictos de la su existencia en la Universidad de Granada ver el excelente trabajo del profesor, JIMÉNEZ SOTO, I. *Derechos y deberes en la comunidad universitaria*, Marcial Pons, 2009, págs. 157 – 165.

⁴⁰ Vid. Decreto 145/2003, de 3 de junio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Málaga.

⁴¹ Sobre el régimen jurídico de los exámenes universitarios tras el proceso Bolonia vid. MOREU CARBONELL, E. "Régimen jurídico de los exámenes universitarios", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 86, 2, 2010, págs. 133-160; TARDÍO PATO, J.A., "La función calificador de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional" *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, págs. 373 – 417. Sobre la concreta enseñanza del Derecho administrativo vid. MARTÍN REBOLLO, L. "sobre la enseñanza del Derecho administrativo tras la Declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)", *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Pamplona, Thompson-Aranzadi. 2007.

⁴² Estas normas fueron publicadas en el BOJA número 19 de 29 de enero de 2010.

Las normas citadas son de aplicación a los estudiantes que se encuentren matriculados en la Universidad de Málaga, en estudios correspondientes a las titulaciones oficiales de Grado y Máster universitario, y en estudios correspondientes a las titulaciones oficiales de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado Universitario o Ingeniero Técnico.

Las normas se componen de 13 artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria y una final. Este articulado se encuentra organizado en tres capítulos: el primero, relativo a las disposiciones generales⁴³; el segundo, versa sobre la organización de las convocatorias⁴⁴ y el tercero, sobre los derechos de los estudiantes⁴⁵. Es precisamente en este último en el que junto al derecho a la información sobre los sistemas de evaluación correspondiente; el derecho a la utilización de un máximo de 6 convocatorias y el derecho a la revisión de exámenes, se regula el derecho a la evaluación extraordinaria⁴⁶.

3.1.b. Presupuestos, límites y procedimientos de la evaluación extraordinaria.

En primer lugar analicemos quienes pueden solicitar la evaluación extraordinaria. El artículo 13 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo establece que sólo los estudiantes que hayan cursado, en la Universidad de Málaga, al menos el 60% de los créditos correspondientes a una titulación de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, y a los que resten como máximo 18 créditos (o dos asignaturas de carácter anual, en el caso de titulaciones no estructuradas en créditos) para finalizar los correspondientes estudios, podrán aplicar la evaluación extraordinaria en una asignatura de dicha titulación en la que haya obtenido la calificación de “*suspense*” al menos cuatro veces, una de ellas en los últimos tres cursos académicos, aún cuando hayan agotado el número máximo de convocatorias.

Dos límites establece la norma: por un lado, sólo podrá solicitarse una sola vez por cada titulación y por otro lado, quedan excluidas las asignaturas de prácticas externas y prácticas clínicas, proyectos fin de carrera, fin de grado o fin de máster.

El órgano encargado de efectuar la evaluación extraordinaria es la Comisión encargada de realizar los reconocimientos de estudios en la respectiva titulación. El criterio a tener

⁴³ Vid. artículos 1 y 2 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo.

⁴⁴ Vid. artículos 3 a 9 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo.

⁴⁵ Sobre los derechos de los estudiantes en general vid. DEL VALLE PASCUAL, J.M., “Régimen de los estudiantes universitarios”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Coedición de la Editorial Civitas y la UCM, Madrid, 2009 y NIETO GARCÍA, A., “Régimen jurídico del alumnado universitario: perspectivas para su configuración”, en la obra colectiva *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

⁴⁶ Vid. artículos 10 al 13 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo.

en cuenta por la Comisión mencionada es la valoración global de la trayectoria académica del estudiante, analizando: a) el expediente académico y cuanta información complementaria considere oportuno recabar; b) el informe emitido por el profesor responsable de la respectiva asignatura, en el que se deberá indicar la calificación final obtenida por el estudiante en las convocatorias a las que concurrió; c) el percentil en relación al conjunto de los estudiantes matriculados en dicha convocatoria y asignatura, y d) el nivel de adecuación a los objetivos y criterios de evaluación establecidos en la programación académica.

La resolución de las solicitudes de evaluación extraordinaria admitidas a trámite se produce mediante la adopción de uno de los dos siguientes acuerdos: “*Aprobado (5) por evaluación extraordinaria*” o “*No procede la superación por evaluación extraordinaria*”. En el primero de los casos, se hace constar la mencionada calificación en el expediente académico del estudiante, y se considera superada la asignatura a todos los efectos, sin que dicha calificación quede vinculada a ninguna convocatoria de examen. En el segundo de los casos, no se efectúa anotación alguna en el expediente académico del interesado, sin que la realización del procedimiento suponga la utilización de ninguna de las convocatorias previstas en las Normas. Respecto a la posible revisión en este caso, nada dicen las normas, aunque sí los acuerdos que la desarrollan.

3.2. Cambio de criterios en los acuerdos del Rectorado de la Universidad de Málaga por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas de tramitación de las solicitudes de evaluación extraordinaria.

Cada curso académico la Universidad de Málaga convoca un acuerdo por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas de tramitación de las solicitudes de evaluación extraordinaria. Analicemos los acuerdos de los dos últimos cursos académicos⁴⁷.

Tanto en el acuerdo relativo al curso 2011/2012 como en el acuerdo relativo al curso 2012/2013 se añaden como requisito, tener en vigor el expediente académico, aunque sin necesidad de haber formalizado matrícula en el curso académico para el que se presenta la solicitud.

Respecto de la instrucción del procedimiento, mientras que en el curso 2011/2012 el órgano instructor, la Secretaría del Centro, tienen como cometido: a) la comprobación

⁴⁷ Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 28 de marzo de 2012, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2011/2012 (primera convocatoria) y Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 22 de abril de 2013, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2012/2013 (primera convocatoria).

de los requisitos; b) la certificación del expediente académico; c) la certificación del percentil, d) recabar el informe a los profesores; e) recabar información complementaria; en el curso 2012/2013 el acuerdo concreta que el órgano instructor tiene que emitir un informe sobre el cumplimiento de la nota media del expediente del solicitante de la evaluación extraordinaria que tiene que ser igual o mayor a la media aritmética de las notas medias de los expedientes de los estudiantes de la misma titulación que finalizaron sus estudios en el curso académico anterior. Igualmente tiene que comprobar el requisito de que la media aritmética de los porcentajes que el conjunto de suspensos y no presentados representan sobre el total de los estudiantes matriculados en cada una de las convocatorias ordinarias donde el solicitante ha obtenido “suspenso” es superior al 40 por ciento. En ambos acuerdos podemos observar diferencias, mientras que el primero es escrupulosamente respetuoso con el artículo 13.4 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad, el segundo de los acuerdos establece importantes novedades pues objetiva los requisitos para una resolución favorable ya que de comprobar la calificación final obtenida por el estudiante en las convocatorias a las que concurre y el percentil en relación al conjunto de los estudiantes matriculados en dicha convocatoria y asignatura como prevé el artículo 13.4 de las Normas y el artículo 4.2 del acuerdo del curso académico 2011/2012, el artículo 4.2 del acuerdo del curso académico 2012/2013 concreta que es necesario que la nota media del expediente del solicitante de la evaluación extraordinaria sea igual o mayor a la media aritmética de las notas medias de los expedientes de los estudiantes de la misma titulación que finalizaron sus estudios en el curso académico anterior y que la media aritmética de los porcentajes que el conjunto de suspensos y no presentados representan sobre el total de los estudiantes matriculados en cada una de las convocatorias ordinarias donde el solicitante ha obtenido “suspenso” sea superior al 40 por ciento. Aunque consideramos que este cambio de tendencia es positivo pues de un acto administrativo con múltiples elementos discrecionales se mejora el proceder administrativo a un acto con todos los elementos reglados, nos cuestionamos si esta es la mejor forma técnica de hacerlo, pues en primer lugar el artículo 4.2 del acuerdo del curso académico 2012/2013 no sólo está, a nuestro juicio, desarrollando el artículo 13.4 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad, sino que lo está modificando. En segundo lugar se presenta el problema de la publicidad de las normas, pues mientras las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo se publicaron en el BOJA número 19 de 29 de enero de 2010, los acuerdos por los que se inicia el procedimiento y se establecen las normas de tramitación de las solicitudes de evaluación extraordinaria no se publicaron en el BOJA.

En cuanto a la resolución de los procedimientos en el curso 2011/2012 la resolución del procedimiento se efectúa por la Comisión encargada de realizar los reconocimientos de estudios y la misma se adopta a partir de la valoración global de la trayectoria académica del estudiante⁴⁸. En cambio, en el curso 2012/2013 la resolución del procedimiento se adopta por el Decano o Director del Centro y únicamente procede adoptar el acuerdo de “*Aprobado (5) por evaluación extraordinaria*” para aquellas solicitudes en las que concurren todos y cada uno de los requisitos antes mencionados: que la nota media del expediente del solicitante de la evaluación extraordinaria que tiene que ser igual o mayor a la media aritmética de las notas medias de los expedientes de los estudiantes de la misma titulación que finalizaron sus estudios en el curso académico anterior y que la media aritmética de los porcentajes que el conjunto de suspensos y no presentados representan sobre el total de los estudiantes matriculados en cada una de las convocatorias ordinarias donde el solicitante ha obtenido “suspense” es superior al 40 por ciento⁴⁹. De nuevo este acuerdo no sólo está desarrollando el artículo 13.4 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad, sino que lo está modificando haciendo un cambio en la atribución competencial. En ambos acuerdos se especifica que la resolución del procedimiento podrá recurrirse en alzada ante la Sra. Rectora de la Universidad de Málaga⁵⁰.

3.3. Aspectos a mejorar del régimen jurídico de la evaluación por compensación y su puesta en práctica.

Es necesario aclarar el cuerpo normativo aplicable y su legalidad pues mientras que la Universidad tiene aprobada por su Consejo de Gobierno y publicada en el BOJA las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo. El Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 22 de abril de 2013, por el que

⁴⁸ Vid. artículo 5 del Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 28 de marzo de 2012, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2011/2012 (primera convocatoria) y Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 22 de abril de 2013, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2012/2013 (primera convocatoria).

⁴⁹ Vid. artículo 5 del Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 22 de abril de 2013, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2012/2013 (primera convocatoria).

⁵⁰ Vid. el artículo 5.2 del Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 28 de marzo de 2012, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2011/2012 (primera convocatoria) y el artículo 5.2 del Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga, de 22 de abril de 2013, por el que se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2012/2013 (primera convocatoria).

se inicia el procedimiento y se establecen las normas para la tramitación de solicitudes de evaluación extraordinaria de estudiantes en el curso académico 2012/2013 (primera convocatoria), no se limita a desarrollar las Normas sino que introduce importantes modificaciones así, por un lado, modifica la atribución competencial de órganos administrativos ya que la resolución del procedimiento de evaluación por compensación se adopta por el Decano o Director del Centro y no por la Comisión encargada de realizar los reconocimientos de estudios, pasando de un órgano colegiado a un órgano unipersonal.

Por otro lado el acuerdo del curso académico 2012/2013 procede a realizar un cambio en los criterios que va a decidir el contenido favorable de la resolución del procedimiento de evaluación extraordinaria pues separándose del criterio discrecional de comprobar la calificación final obtenida por el estudiante en las convocatorias a las que concurrió y el percentil en relación al conjunto de los estudiantes matriculados en dicha convocatoria, se opta por un criterio plenamente reglado al determinar que para la resolución favorable es necesario que la nota media del expediente del solicitante de la evaluación extraordinaria sea igual o mayor a la media aritmética de las notas medias de los expedientes de los estudiantes de la misma titulación que finalizaron sus estudios en el curso académico anterior y que la media aritmética de los porcentajes que el conjunto de suspensos y no presentados representan sobre el total de los estudiantes matriculados en cada una de las convocatorias ordinarias donde el solicitante ha obtenido “suspense” sea superior al 40 por ciento. Aunque consideramos que este cambio de tendencia es positivo pues de un acto administrativo con múltiples elementos discrecionales se mejora el proceder administrativo a un acto con todos los elementos reglados, nos cuestionamos si esta es la mejor forma técnica de hacerlo, pues en primer lugar el artículo 4.2 del acuerdo del curso académico 2012/2013 no sólo está, a nuestro juicio, desarrollando el artículo 13.4 de las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Universidad, sino que lo está modificando. En segundo lugar se presenta el problema de la publicidad de las normas, pues mientras las Normas reguladoras de la realización de las pruebas de evaluación del rendimiento académico de los estudiantes de enseñanzas oficiales de primer y segundo ciclo se publicaron en el BOJA número 19 de 29 de enero de 2010, los acuerdos por los que se inicia el procedimiento y se establecen las normas de tramitación de las solicitudes de evaluación extraordinaria no se publicaron en el BOJA y al contener elementos que modifican las Normas es más que cuestionable no solo la capacidad para modificarlas sino su mera publicidad en los tablones de anuncios de la Universidad.

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS E SUA REAL EFETIVIDADE NO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO NO PERÍODO DE 2008 A 2012

SANDRO LUIZ BAZZANELLA
Professor de Filosofia
ciênciassociais.cni@unc.br

DANIELLY BORGUEZAN
Professora de Direito
dany.borguezan@hotmail.com

ANA JULIA BERTOLIN
Bacharel em Direito pela

Universidade do Contestado (Brasil)

Resumen: Durante el periodo de la dictadura, después de que Brasil sufriera un golpe de Estado, llevado a cabo por Getulio Vargas en 1930, que dio lugar a un nuevo sistema político, conocido como “Nuevo Estado”, se hizo necesario la creación de normas que permitieran establecer el orden y la seguridad del Estado. Así, la Ley de Delitos Menores Penales, publicada por el Decreto-Ley nº 3688, el 3 de octubre de 1941. Sin embargo, después de 70 años de vigencia, dicha ley es considerada por algunos autores, como vetusta, puesto que fue promulgada antes de la Constitución Federal de 1988, y por eso se cuestiona su aplicabilidad. A su vez, la misma sigue vigente hasta nuestros días, pero con algunas modificaciones debidas a la evolución de la sociedad. Es en este aspecto en el que se pretende desarrollar este estudio, analizando la eficacia (ineficacia) de esta Ley, a través de la realidad de su aplicación práctica en el municipio de Monte Castelo, Estado de Santa Catarina, durante el periodo 2008-2012.

Resumo: Durante o período ditatorial, após o Brasil ter sofrido um Golpe de Estado, levado a diante por Getulio Vargas em 1930, o que originou um novo regime político, conhecido como “Estado Novo”, fez-se necessário a criação de normas que pudessem estabelecer a ordem e a segurança do Estado. Assim surgiu a Lei das Contravenções Penais, publicada através do Decreto-Lei n. 3.688, em 3 de outubro em 1941. Contudo, após setenta anos de sua vigência referida lei é considerada por alguns doutrinadores, como vetusta, razão pela qual foi promulgada antes da Constituição Federal/88 e, por isso questiona-se sua receptividade. Por sua vez, a mesma está vigente até os dias de hoje, porém, com algumas alterações, em razão da evolução da sociedade. É neste aspecto que se pretende desenvolver o trabalho, analisando a (in)efetividade desta lei, demonstrando sua realidade no que tange o cumprimento da norma no município de Monte Castelo, Estado de Santa Catarina, durante o período de 2008 a 2012.

Abstract: During the dictatorship period, after Brazil suffered a coup, carried on by Getulio Vargas in 1930, which led to a new political system, known as "New State", it became necessary to create rules that would establish order and state security. Thus the Law of Misdemeanor Criminal published by Decree-Law n. 3688, on 3 October 1941. However, after seventy years of its term that law is regarded by some scholars as the very old, why was enacted before the Constitution Federal/88, and wonders why their receptivity. In turn, the same is applicable to the present day, but with some changes due to the evolution of society. This is where we intend to develop the work, analyzing the (in) effectiveness of this law demonstrating its reality regarding compliance with the standard in Monte Castelo, Santa Catarina State, during the period 2008-2012.

Palabras clave: Delitos Menores, Eficacia, Ciudad de Monte Castelo.

Palavras-chave: Contravenções Penais, Eficácia, Município de Monte Castelo.

Keywords: Criminal Offences, Effectiveness, City of Monte Castelo.

Sumário: 1.Introdução, 2.Classificação das Infrações Penais, 3.Crime x Contravenção, 4.Contravenções Penais Decreto Lei nº 3.688/41, 5.Efetividade das Contravenções Penais no Município de Monte Castelo no período de 2008 à 2012, 6.Considerações Finais, 7.Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A justificativa deste artigo apresenta-se em duas direções: Numa primeira direção, de permitir ao pesquisador, ao leitor interessado, a percepção de que uma lei é resultante de condições circunstantes em determinado contexto social, político, econômico e cultural e, que tem desdobramentos por décadas, mesmo que o contexto de sua criação não justifique sua existência. Numa segunda direção, consiste na verificação de como tem sido aplicada a Lei das Contravenções Penais (LCP) no município de Monte Castelo/SC, durante o período de 01 de janeiro de 2008 até 31 de dezembro de 2012, através de dados fornecidos pela Delegacia de Polícia Civil do Município de Monte Castelo/SC (DPMu) e pelo Destacamento da Polícia Militar.

Ademais, pretende o trabalho contribuir para a importância de pesquisas regionais, tendo em vista a carência em âmbito local, sobretudo, pela cultura de serem desenvolvidas em sua grande maioria no aspecto macro, não prestigiando, portanto, as especificidades de determinada região o que pode induzir a uma leitura equivocada especialmente em se tratando de efetividade de normas.

No que tange as contravenções penais, destaca-se que estão presentes em práticas do nosso dia-a-dia e, estas se concretizam como um conjunto de condutas que muitas vezes quando praticadas são caracterizadas pelo desconhecimento dos agentes infratores por se tratar de uma infração penal, pois consideram tais condutas menores a ponto de não afetar gravemente a ordem social.

Desse modo, para melhor compreensão do leitor, é necessário fazer um sucinto resgate da contextualização histórica que vivia o país quando a LCP em 1941 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, cerca de um ano após da edição do Código Penal em dezembro de 1940. Ou seja, a Lei de Contravenções Penais foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 3.688/41¹, com vigência inicial prevista para o dia 01/01/1942.

Sendo assim, desde 15 de novembro de 1889 quando foi instaurada, até o começo da década de 30, vigorava no Brasil a República Velha. Sob tal regime de governo, o país possuía uma centralização de poder entre determinados partidos políticos, além de uma economia alicerçada na produção cafeeira, conferindo poder a aliança política entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais, conhecida como política do café com leite. Até então reinavam os interesses das oligarquias agrárias brasileiras que se apossaram das estruturas de poder do Estado após o fim da Monarquia com a deposição de D. Pedro II. Desta forma, a ascensão ao poder de Getúlio Vargas então presidente à época (1930-1945) representou entre outras questões o declínio das elites latifundiárias que controlavam o país. Assim, iniciou o período da história brasileira conhecida como “Estado Novo”. Destaca-se que a era Vargas recebeu o apoio de alguns estados brasileiros no intuito de acabar com o modelo político oligárquico que era vigente na República Velha, desde sua proclamação em 1889, de modo que a chamada Revolução de 1930 colocou um fim ao período aos acordos e desmandos daquela República.

De todo modo, há que ser considerado que o surgimento da Lei de Contravenção Penal, bem como outras normas não são criações espontâneas e arbitrárias, mas sim, produto lento e sucessivo da dinâmica social em que indivíduos compartilham suas existências. Nesse sentido, por haver determinada necessidade ou conjectura social, uma lei quando devidamente inserida em nosso ordenamento, é utilizada pela sociedade, contudo, de modo contrário, o mesmo pode ocorrer com o desuso, ou seja, ainda que vigente a lei pode ser “desprestigiada” pela sociedade, seja pela “evolução” ou “conscientização” dos indivíduos, não carecendo de determinada normatização, ou ainda, as situações que determinada norma regulamenta, pode não mais fazer sentido com o passar dos tempos.

Assim, diante das profundas e rápidas transformações que a sociedade vem apresentando nas últimas décadas, a LCP tornou-se para muitos uma lei antiga, e nessa linha de raciocínio surge algumas indagações: Será que uma lei de 1941, como é o caso da Lei das Contravenções Penais, possui eficácia nos dias de hoje? Qual sua importância no panorama jurídico brasileiro, sobretudo no município de Monte Castelo/SC? Maiores e menores de idade infringem os mesmos dispositivos da norma? Ou há “um perfil contravenucional” praticado por crianças e adolescentes e outro para maiores de idade?

Destaca-se que no Brasil há diversas leis que trazem condutas que caracterizam contravenção, além da própria Lei das Contravenções Penais. Entretanto, este artigo estará circunscrito especialmente nas contravenções estabelecidas pelo Decreto-Lei n. 3.688/41.

¹ O decreto-lei era uma opção que o chefe do Poder Executivo tinha de poder legislar, pois a denominada Lei de Contravenções Penais foi criada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Tal modalidade legislativa, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, deste modo, não mais é prevista a opção que era dada ao Chefe do Poder Executivo de legislar.

2. Classificação das Infrações Penais

Há dois sistemas majoritários que classificam as infrações penais, a saber: o sistema tripartidário, onde as infrações penais dividem-se de acordo com sua gravidade, ou seja, crime (fatos mais graves), delito (fatos de média gravidade) e contravenção penal (fatos de menor relevância). E, o sistema bipartidário, no qual as infrações penais classificam-se em crime ou delito e contravenção e, segundo Bechara (2009, p. 76), “o delito se torna sinônimo de crime”.

No sistema jurídico brasileiro, entretanto, prepondera até hoje a classificação bipartidária. Acrescente-se neste as chamadas infrações administrativas que decorrem do Poder de Polícia, cujas sanções possuem o mesmo objetivo das sanções penais, qual seja de intimidar potenciais infratores e punir àqueles que descumprirem mandamento normativo, para que não reincidam. Como caracteriza Meirelles (1997, p. 115): “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

3. Crime x Contravenção

Enquanto as contravenções penais são regulamentadas por norma especial (Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941), o crime encontra-se instituído através do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal (CP). No entanto, não existe diferença efetiva entre um e outro, pois ambos constituem espécies de infrações penais. Comentando a respeito Damásio Evangelista de Jesus, jurista brasileiro, considerado um dos mais respeitados especialistas em direito penal da atualidade, em sua obra *Lei das Contravenções Penais Anotada* (2001, p. 4):

Não existe diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador de acordo com a necessidade de prevenção social. Assim uma contravenção pode no futuro vir a ser definida como delito.

Frise-se a terminologia filosófica que o jurista utiliza no que tange a “diferença ontológica”, ou seja, para este intérprete da legislação criminal, não existe diferença essencial entre crime e contravenção, ou dito de outro modo, não existe diferença na forma de ser entre estas duas espécies de infrações, razão pela qual pode-se considerar que ao cometer um crime ou uma contravenção, um indivíduo transgredir as regras societariamente convencionadas como condição de garantia dos interesses públicos relativos ao bem viver da sociedade no que concerne a segurança, o direito à vida, à propriedade dos cidadãos entre outros.

No bojo de tais perspectivas, também a Lei de Introdução ao Código Penal chama atenção em seu artigo primeiro para o fato de que não há diferença essencial, ontológica, como dito alhures entre as duas infrações penais, situando-se, tão somente no campo da pena:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Assim, constata-se que, no conjunto de tais posicionamentos analíticos em relação aos fundamentos da indistinção entre crime e contravenção e, através destes dispositivos, torna-se possível e necessário, posicionar um conceito formal de contravenção e crime. Nesta perspectiva, considera-se a contravenção a condição de infração penal e, como tal, com pena de prisão simples e/ou multa, enquanto que o crime é considerado toda a infração penal que a lei determina como pena de reclusão e/ou detenção, cumulada ou não com pena de multa.

Vale salientar que, para o crime nunca será determinado, unicamente, com pena de multa, à medida que as contravenções penais são passíveis, tornando assim, a pena de multa um fator distintivo de crime e contravenção. Novamente, de acordo a análise de Sznick (1994, p.8) para distinguir delitos e contravenções os critérios empregados baseiam-se em três teorias:

Qualitativa, tentando basear-se no interesse do ofendido e também no elemento psicológico. O critério quantitativo baseia-se apenas na diferença da pena. E uma terceira, mista, quali-quantitativa que tem em vista o interesse do tutelado e, em vista, o elemento subjetivo.

Sendo assim, tanto as contravenções penais como os crimes constituem-se com o fato ilícito e antijurídico. A punibilidade surge como pressuposto para a aplicação da pena. Assim, a separação das infrações possui finalidade prática no campo da aplicação de benefícios penais e na identificação do procedimento correto a ser adotado.

Neste sentido, para distinguir a conduta praticada e caracterizá-la como crime, contravenção ou ainda, como infração administrativa, faz-se necessário o uso da política criminal por parte do legislador, cabendo a ele analisar a conduta praticada. Dessa forma, se ferir gravemente a ordem e a paz social, pode então, ser realizada a proibição de tal conduta, caracterizando assim o crime. Quando a conduta realizada não for tão grave não se caracterizando como crime, nem tão simples a ser considerado como infração administrativa, surge a contravenção penal. Neste sentido, Gonçalves (2011, p. 137) afirma que:

Em razão disso é que Néilson Hungria definiu a contravenção como “crime anão”, já que nada mais é do que um “delito” com menores consequências e sanções de menor gravidade. Por isso é que se diz que a tipificação de um fato como crime ou contravenção depende exclusivamente da vontade do legislador. Um fato considerado mais grave deve ser tipificado pelo legislador como crime e um menos grave, como contravenção.

Assim, explica-se o motivo das contravenções penais serem chamadas de "crime-anão", por ser menos graves que o crime comum, possuindo legislação, características e regulamentação referente as condutas próprias.

4. Contravenções Penais Decreto Lei nº 3.688/41

A elaboração da Lei das Contravenções Penais, através do Decreto-Lei nº 3.688, publicado em 3 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas, foi imprescindível ao ordenamento jurídico brasileiro, trazendo em sua estrutura a ideologia conservadora que caracterizava-se naquele contexto político e social a dinâmica hierarquizada das relações de poder no país. Assim, a Lei das Contravenções Penais, demarca o fato de que a existência de uma Lei não nasce do caos social, nem funda uma ordem, senão, apenas justifica a ordem vigente, as convenções e/ou práticas sociais já instauradas e em curso num determinado contexto. Dessa forma a LCP, surge durante as turbulências políticas que afetaram o Brasil com a ascensão do Estado Novo em 1937 e permanecendo até 1945.

Após quatro décadas do acontecimento político do Estado Novo, e, sob outro contexto social a Constituição Federal de 1988 concebeu a Lei das Contravenções Penais como mais um instrumento de controle social, usado para a manutenção e ordem do Estado, por isso é aplicada até os dias de hoje. Nesta direção, é oportuno colocar em jogo dois argumentos de significativa importância neste debate. O primeiro é a necessidade de reconhecimento do Estado no exercício de seu poder soberano em que legisla sobre uma determinada ordem como forma de salvaguardar sua existência e suas estruturas de poder. O direito legitimado à violência de que detentor se apresenta assim em sua plenitude como forma de garantir a existência do próprio Estado. O segundo argumento, implica em reconhecer que reside na estrutura jurídica do Estado brasileiro, desde suas origens, mecanismos de controle do poder político e social por interesses que nem sempre representaram os interesses da nação.

Igualmente como ocorre com o Código Penal, a LCP divide-se em Parte Geral e Parte Especial. Na primeira (Parte Geral), encontram-se todos os princípios que recaem sobre as contravenções e que atualmente consta com em 14 artigos. Na segunda parte (Parte Especial), as contravenções estão previstas em espécies e separadas por capítulos, levando em consideração o bem jurídico protegido pela norma, consistindo em: Pessoa Humana, Patrimônio, Incolumidade Pública, Fé Pública, Organização do Trabalho, Polícia de Costumes e Administração Pública.

Atualmente, as contravenções penais, em sua parte especial num primeiro momento, quando foram editadas, consistiam em 53 condutas tipificadas. Este número atualmente foi reduzido para 38, haja visto as revogações totais e parciais de alguns dispositivos.

5. Efetividade das Contravenções Penais no Município de Monte Castelo no Período de 2008 à 2012.

A Lei das Contravenções Penais tipificou em sua redação condutas de mínima repercussão social, que com o passar do tempo e com o desenvolvimento da sociedade muitas dessas condutas deixaram de ser vistas como lesivas ao ordenamento jurídico, e por isso foram totalmente, ou parcialmente revogadas, ou ainda adequadas para acompanhar a evolução do sistema penal, bem como da sociedade. Dessa forma alguns dispositivos migraram para a condição de crime, tendo em vista sua gravidade, a saber o porte ou o disparo com armas de fogo, e as práticas lesivas contra os animais, são

citados como exemplo. Entretanto, das contravenções que permanecem vigentes em nosso panorama jurídico, algumas ocorrem com frequência, enquanto outras quase não são aplicadas. Sob tais perspectivas é possível fazer uma análise sobre a aplicação da Lei das Contravenções Penais em determinado local, e, então, observar sua efetividade.

No que tange ao município de Monte Castelo, necessário se faz constar suas características e traços históricos e sociais, bem como o espaço político/jurídico ao qual pertence, isto é, a Secretaria de Desenvolvimento Regional² (SDR) a qual esta vinculada bem como sua comarca. Nesse sentido, destaca-se que a colonização do município iniciou-se por volta do ano de 1807, quando havia tráfego regular dos tropeiros pela Estrada das Tropas, entre Paraná e Rio Grande do Sul. Historicamente, conta-se que em 1958, a Câmara Municipal de Papanduva editou a Resolução 48/58, que autorizava a criação do Distrito de Rio das Antas, contudo, como já havia uma localidade com o mesmo nome na região do Vale do Rio do Peixe, pertencente ao Município de Videira, acontecia confusões com os serviços de correspondência. Como solução, alguns líderes políticos e comunitários reuniram-se, em 1959, para escolher outro nome para o distrito. Nesta época, pós II Guerra Mundial, o nome escolhido foi Monte Castelo, em homenagem aos brasileiros que obtiveram importante vitória na batalha e conquista de Monte Castelo, na Itália.

A emancipação distrital de Monte Castelo ocorreu pela Lei Estadual nº 375 de 12 de dezembro de 1958, sendo que em 08 de março de 1959 foi instalado o distrito e pela Lei Estadual nº 818, de 23 de abril de 1962, o Distrito de Monte Castelo foi elevado à categoria de município. Instalado em 15 de maio de 1962. Atualmente possui uma população de 8.346 habitantes, sendo 7.097 alfabetizadas, o que corresponde a cerca de 85% da população (vide dados IBGE 2010).

No que tange ao índice de Desenvolvimento Humano calculada com base no Censo do IBGE, o qual considera: a) Expectativa de vida ao nascer b) Educação c) Renda per capita, o resultado que foi divulgado no dia 29 de Julho de 2013, pela Organização das Nações Unidas, os dados são do Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013, apresentado em Brasília pelo programa Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e a Fundação João Pinheiro (FJP).

O indicador IDHM varia numa escala de 0 a 1, quanto mais próximo de um melhor o desempenho do município ou Estado. Na escala de avaliação do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) é considerado 05 faixas: Muito Baixo varia entre zero(0) a 0,499; Baixo entre 0,5 e 0,599; Médio entre 0,6 a 0,699; Alto de 0,7 a 0,799 e Muito alto varia de 0,8 a 1,00.

²As Secretarias de Desenvolvimento Regional constituem um Programa de descentralização político-administrativa do Governo do Estado de Santa Catarina implantadas em 2003, por meio da Lei Complementar nº 243. Naquele contexto temporal o Governo do Estado de Santa Catarina instaurou 29 SDR's, dividindo o estado em microrregiões. As Secretarias de Desenvolvimento Regionais se apresentam como estruturas estatais que acolhem e auxiliam na organização de conselhos, que funcionam como órgãos de consulta e deliberação das prioridades regionais. Em 2013 o Estado de Santa Catarina conta com 36 Secretarias de Desenvolvimento Regional.

Santa Catarina se destaca em 3º lugar no IDHM 2010 (0,774) entre os Estados brasileiros. Entre os estados do sul, Santa Catarina teve o maior crescimento 15,35% passando de IDH médio (0,671) no ano de 2000 para Alto (0,774) em 2010. No caso específico do município de Monte Castelo, este obteve o índice de 0,571 (IDH 2000) e 0,675 (IDH 2010), tendo uma variação de 18,21% no período analisado.

A economia municipal por sua vez baseia-se principalmente na agricultura familiar, sendo os principais produtos: fomicultura, avicultura, grãos: soja, milho, feijão; bovinocultura de corte: raças Charoles e Nelore; bovinocultura de leite: raças Holandesa e Jersey; ovinocultura: raças Texel, Ile de France, Hampshire; fruticultura: maçã (Castel Gala), caqui (Fuyu e Kyoto) e pêra; além de piscicultura: Bagre, Tilápia e Carpa. Destacam-se ainda, o beneficiamento de madeira e a silvicultura na produção de mudas, principalmente de pinos e eucalipto, bem como áreas de florestamento e reflorestamento com os mesmos.

Ademais, o município de Monte Castelo, pertence à 25 Secretaria de Desenvolvimento Regional (SDR) de Mafra/SC que é responsável pela gestão da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) e pela condução dos programas e projetos de promoção do desenvolvimento regional nas escalas macro, micro e sub-regionais.

No que tange ao exercício das atividades jurisdicionais, Monte Castelo pertence a comarca de Papanduva, uma vez que as comarcas podem constituir-se por um ou mais municípios formando área contígua. (vide TJ/SC).

Após uma coleta dos dados, através de informações adquiridas por meio de consultas *in loco*, junto a Delegacia de Polícia Civil e do Destacamento Polícia Militar do Município de Monte Castelo do Estado de Santa Catarina, acerca da aplicabilidade da Lei das Contravenções Penais naquele município, pelo período de 2008 até 2012, obteve-se os seguintes resultados:

Com relação ao ano de 2008, houve registro pela Delegacia de Polícia do Município de Monte Castelo apenas duas condutas contravencionais, circunscritas ao artigo 21 da LCP, que se reporta à contravenção de vias de fato, destacando-se que o mesmo dispositivo foi infringido duas vezes naquele período.

Em 2009, por sua vez, houve um aumento nas práticas e tipos contravencionais com relação ao ano anterior, ou seja, o aumento ocorreu nas práticas contravencionais, possuindo registro total de 7 contravenções, tipificadas em 4 artigos da LCP, assim correspondentes:

- a) 4 infrações do artigo 21 (vias de fato);
- b) 1 infração do artigo 42 (perturbação do trabalho ou sossego alheio);
- c) 1 infração do artigo 61 (importunação ofensiva ao pudor); e
- d) 1 infração do artigo 63, inciso I, caracterizada por servir bebida alcoólica para menor de idade.

Vale salientar, que deste total de 7 infrações penais, 2 condutas, tipificadas no artigo 21 (vias de fato) da LCP, foram praticadas por menores de 18 anos.

As contravenções que ocorreram em 2010 tiveram um aumento pouco significativo com relação ao ano de 2009. Deste modo, houve 15 vezes a infringência da Lei das Contravenções Penais, sendo elas caracterizadas em 5 dispositivos diferentes, a saber:

- a) 2 vezes o artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 5 vezes o artigo 21 (vias de fato);
- c) 1 vez o artigo 31 (omissão de cautela na guarda ou condução de animais);
- d) 6 vezes o artigo 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios);
- e) 1 vez o artigo 64 (crueldade contra os animais) da LCP.

Ressalta-se que desse total de 15 condutas contravencionais, 4 foram praticadas por menores de 18 anos de idade, sendo:

- a) 2 tipificadas pelo artigo 21 (vias de fato), e
- b) 2 pelo artigo 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios).

Já com relação ao ano de 2011, se comparado com o mesmo período anterior, percebe-se que ocorreu uma diminuição de condutas contravencionais e, conseqüentemente, a diminuição da quantidade de tipos contravencionais infringidos.

Observa-se a incidência de 4 dispositivos da LCP, possuindo registro total de 12 infrações, consubstanciadas em:

- a) 5 práticas do artigo 21 (vias de fato);
- b) 5 práticas do artigo 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios);
- c) 1 prática do artigo 31 (omissão de cautela na guarda ou condução de animais); e
- d) 1 tipificada no artigo 65 (perturbação da tranquilidade).

No que diz respeito às contravenções praticadas por menores de 18 anos, o índice de incidência continuou o mesmo que do período de 2010, ou seja, 4 infrações que consistem em:

- a) 2 contravenções descritas no artigo 21 (vias de fato); e,
- b) 2 praticas tipificadas pelo 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios).

No ano de 2012, houve um aumento considerável na prática de condutas contravencionais, totalizando 20 ocorrências registradas, incidentes em 6 tipos contravencionais, equivalentes a:

- a) 3 infrações tipificadas no artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 10 infrações descritas no artigo 21 (vias de fato);
- c) 1 infração descrita no artigo 34 (direção perigosa de veículo em via pública);
- d) 4 infrações do artigo 42 (perturbação do trabalho ou sossego alheios);
- e) 1 ocorrência prevista no artigo 63, I (servir bebida alcoólica para menor de 18 anos); e
- f) 1 ocorrência tipificada no artigo 65 (perturbação da tranquilidade).

Da mesma maneira, houve aumento das condutas contravencionais por menores de 18 anos, com relação aos anos anteriores, sendo que, do total de 20 registros de fatos praticados que configuram contravenção penal, ocorridos no ano de 2010, 5 foram cometidos por menores de idade, incidentes em 3 tipos penais, equivalentes a:

- a) 3 condutas dispostas no artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 1 pelo tipificado no artigo 21 (vias de fato); e
- c) 1 pelo artigo 64 (crueldade contras os animais).

Na sequência, destaca-se por oportuno as práticas contravencionais ocorridas no Município de Monte Castelo – SC, entre os anos 2008 a 2012, como forma de visualização comparativa de tais contravenções no período observado. Deste modo, o período de 2008 a 2012, totalizando 5 anos, foram registrados pela Polícia Militar e pela Polícia Civil do Município de Monte Castelo/SC, um total de 56 fatos praticados que configuraram contravenções penais, as quais infringiram apenas 9 dispositivos descritos na Lei das Contravenções Penais, a saber:

- a) 5 infrações do artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 26 infrações do artigo 21 (vias de fato);
- c) 2 infrações do artigo 31 (omissão de cautela na guarda ou condução de animais);
- d) 1 infração tipificada no artigo 34 (direção perigosa de veículo em via pública);
- e) 16 infrações tipificadas pelo artigo 42 (perturbação do trabalho ou sossego alheios);
- f) 1 ocorrência prevista no artigo 61 (importunação ofensiva ao pudor);
- g) 2 práticas da contravenção prevista no artigo 63, I (servir bebida alcoólica para menor de 18 anos);
- h) 1 infração do artigo 64 (crueldade contras os animais); e
- i) 2 ocorrências tipificadas no artigo 65 (perturbação da tranquilidade).

Tais informações estatísticas de manifestações de contravenções penais no Município de Monte Castelo/SC no período observado, aponta para o fato de que a Lei das Contravenções Penais conta, em sua parte especial, com 38 dispositivos vigentes, mas deste total apenas 9 tiveram incidência no município em estudo.

Outra análise possível, através dos dados obtidos, é com relação às contravenções penais praticadas que envolvem crianças e adolescentes, pois respondem de maneira diversa daquela prevista na LCP, uma vez que possuem seus direitos e garantias amparados em legislação específica, ou seja, o adolescente ou criança que praticar algum ato que caracterize contravenção penal, serão responsabilizados de acordo com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, através do “ato infracional”, expressão encontrada no artigo 103 do ECA³: “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Deste modo, a pesquisa permite comparar a relação das práticas contravencionais entre maiores e menores de 18 anos, como forma de evidenciar os argumentos anteriormente, no que concerne as especificidades legais que incidem sobre crianças e adolescentes.

Evidencia-se, portanto, que dos 56 fatos praticados que configuram contravenção penal, registrados no período de 2008 a 2012 pela Polícia Civil e pela Polícia Militar do município de Monte Castelo/SC, 15 foram cometidos por menores de 18 anos, infringindo 4 dispositivos da LCP, a saber:

- a) 3 infrações do artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 7 infrações tipificadas no artigo 21 (vias de fato);
- c) 4 infrações do artigo 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheio); e
- d) 1 infração tipificada no artigo 64 (crueldade contra os animais).

Por sua vez, no mesmo período, houve a ocorrência de 41 práticas contravencionais envolvendo maiores de 18 anos, incidindo em 8 artigos da LCP, sendo eles:

- a) 2 infrações do artigo 19 (porte de arma branca);
- b) 19 infrações do artigo 21 (vias de fato);
- c) 2 infrações do artigo 31 (omissão na guarda ou cautela de animais);
- d) 1 infração tipificada no artigo 34 (direção perigosa em via pública);
- e) 12 condutas descritas no artigo 42 (perturbação do trabalho ou sossego alheios);
- f) 1 infração do artigo 61 (importunação ofensiva ao pudor);
- g) 2 infrações tipificadas no artigo 63 (servir bebidas alcoólicas);
- h) 2 condutas tipificadas no artigo 65 (perturbação da tranquilidade).

Neste contexto, é pertinente observar com mais cautela, que as práticas infringidas entre maiores e menores de 18 anos não há nenhum tipo de influencia maior em razão da idade do agente. Ou seja, os artigos infringidos por menores de idade são também praticadas por maiores, apenas em menor escala.

Desta forma, o referido trabalho possibilita considerar uma realidade precisa no que concerne a aplicabilidade da Lei de Contravenção Penas do município, através dos dados coletados que foram incorporados ao mesmo, ao mesmo tempo nos permite observar uma gradual escala ascendente de contravenções presente no município, contudo, irrisórias se comparados ao conjunto total de dispositivos que estão prescritos no próprio Decreto.

6. Considerações Finais

Este trabalho teve como principal objetivo analisar a aplicabilidade da Lei das Contravenções Penais, em especial no município de Monte Castelo/SC, o qual foi eleito como cenário para este trabalho na medida em que se trata de uma pesquisa de âmbito regional em que se procura investigar a questão das diversas formas de manifestação de violência. Neste sentido, a pesquisa apresenta-se como uma primeira investigação a qual serve de parâmetro científico para o desenvolvimento de pesquisas similares nos demais municípios da região, compondo assim um mapa da violência no Planalto Norte Catarinense.

Assim, para melhor compreensão do estudo elaborado, se fez necessária sua divisão em alguns eixos. Num primeiro momento foram abordadas as perspectivas da LCP, apontando suas características, conceitos, diferenciações e comparações com o Código

Penal. Com base no estudo realizado foi possível analisar também por intermédio da Polícia Civil e Militar do município de Monte Castelo/SC, uma realidade precisa com relação a efetividade da LCP, durante cinco anos naquele município.

Ademais, referido trabalho, não pretendeu apresentar respostas fechadas e/ou conclusivas no sentido de questionar a validade, ou eficácia da LCP, tampouco sugerir mudanças. Apenas permitiu-se demonstrar com efetivo grau de amparo na realidade local, durante um breve período a aplicação do Decreto-Lei n.º 3.688 de 3 de Outubro de 1941 em um município da região do Planalto Norte Catarinense. Isso nos permite estender a teoria acadêmica, à realidade de nossa sociedade, bem como, considerar que num universo de 54 fatos tipificados como contravenção penal, no período de 2008 a 2012 no município de Monte Castelo, apenas 9 dispositivos incriminadores da lei foram violados, sendo que as demais previsões não foram infringidas pela sociedade neste íterim.

Tal condição nos permite, por um lado, concordar com alguns autores, no sentido de que boa parte da Lei das Contravenções Penais tornou-se inadequada e desarrazoada para prevenir e punir determinadas condutas. De outro modo e, paralelamente a isso, também é possível considerar que a LCP tornou-se vetusta, no sentido de que há uma evolução social tendo em vista a ausência de práticas contravencionais, ou seja, as condutas que eram lesivas aos bens jurídicos tutelados nos anos 40, hoje não produzem o mesmo efeito, tornando a LCP, de certo modo, ineficaz.

Outrossim, é com síntese dos argumentos arrolados ao longo da discussão proposta por este artigo de reconhecer que uma “Lei” não é um fim em si mesma, mas manifestação das práticas sociais que se apresentam em determinado contexto social, econômico e cultural. Ou dito de outra forma, importa não sacralizarmos a “Lei”, mas, sobretudo, procurar compreender de que forma, a partir de que interesses sociais e políticos se circunscrevem determinada legislação e, paralelamente de se questionar se a legislação que rege e ordena o tecido social na atualidade responde efetivamente as demandas societárias em curso. No bojo de tais prerrogativas é possível afiançar que o grau de desenvolvimento de uma sociedade pode ser avaliado a partir de sua capacidade de questionar, rever os consensos estabelecidos que justifiquem e legitimam a legislação vigente.

7. Referências Bibliográficas

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, Coleção Clássicos Ciências Sociais – Tradução Lucia Guidini e Alessandro Berti Contessa, 1996.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação Penal Especial*: 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 1 de junho de 2013.
 - Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 38**. Compete a Justiça Estadual comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da união ou de suas entidades. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 1 de junho de 2013.
 - Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 1 de junho de 2013.

- Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de Outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 1 de junho de 2013.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume I, parte geral: 15ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- DOTTI, Ariel René. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial*. Coleção Sinopses Jurídicas. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.
- JESUS, Damásio E. de, *Lei das Contravenções Penais Anotada*. 8 ed. rev. e atual. – São Paulo/SP. Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22º edição. São Paulo, Malheiros, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Volume 1: Parte Geral. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial* – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais Anotada*. 5ª Ed. Atual., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1994.
- VADEMECUM/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a elaboração de Antonio Luis de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 16 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013. <http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=421110> acesso em 20 de novembro de 2013.

LA DOCENCIA DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS A TRAVÉS DE LAS PRESENTACIONES 20x20

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

remedios@uma.es

Universidad de Málaga

Resumen: En un contexto de cambio en la docencia universitaria, y en la sociedad en general, resulta esencial acercarse a nuevas metodologías que den respuesta a las necesidades reales para la implantación del modelo de Bolonia. Una vez superados los primeros años se han puesto de relieve las debilidades de un modelo que no cuenta con la suficiente capacidad de medios personales y materiales y que debe readaptarse a la realidad de las universidades españolas. Sobre la base de estas necesidades surge la oportunidad de implantar un nueva metodología que, con un marcado carácter realista, permita mejorar la adquisición de conocimientos en el estudiante y favorezca la reflexión y el desarrollo de las competencias básicas. Se exponen en este artículo los desafíos para la implantación de un modelo de docencia y aprendizaje basado en las presentaciones PechaKucha 20x20, como un instrumento para que el alumnado de las disciplinas jurídicas maneje con precisión las nuevas tecnologías y se acerque a los formatos más novedosos e innovadores, que desde otros sectores ya han mostrado su eficacia.

Palabras clave: Enseñanza universitaria, expresión oral, expresión escrita, metodología, PechaKucha 20x20.

Abstract: In a context of change in university teaching, and society, is essential to approach new methodologies that respond to the real needs for the implementation of the Bologna model. After the first stage, it has been highlighted the weaknesses of a model that does not have enough capacity in staff and equipment, and must be adjusted to the reality of the Spanish universities. Based on this context, the opportunity to implement a new methodology arises, with a strong realistic character, to improve the acquisition of knowledge in students and to encourage thinking and the development of basic skills. This article provides the challenges for the implementation of a model of teaching and learning based on the 20x20 PechaKucha presentations, as a tool to be used by law students to approach to the new technologies and their most innovative formats, which have already shown its effectiveness in other sectors.

Keywords: University teaching, speaking, writing, methodology, PechaKucha 20x20.

Sumario: 1.Motivación y contexto para la aplicación de la nueva metodología. 2.Esquema y caracteres. 3.Desafíos de la puesta en práctica: 3.1.-La limitación de tiempo: virtudes y deficiencias. 3.2.La integración de los estudiantes Erasmus en la metodología. 4.-La evaluación: 4.1.Primer nivel: la puesta en común y valoración en grupo. 4.2.Segundo nivel: la valoración por pares. 5.-Consideraciones finales y propuestas de futuro. 6.Bibliografía.

1.Motivación y contexto para la aplicación de la nueva metodología

El profesorado universitario se encuentra en una etapa de transición que conlleva su adaptación al grado y a un modelo de sociedad caracterizado por la implantación constante de nuevas tecnologías, lo que obliga a un reciclaje continuo¹. El alumnado del siglo XXI es el fiel reflejo de este modelo social y exige replantearse los sistemas de enseñanza. La finalidad de introducir esta metodología tiene su origen en la experiencia de cursos anteriores en los que se ha impartido docencia en el grado en Derecho y en otras titulaciones, y en la voluntad de mejorar y renovar los sistemas de enseñanza y aprendizaje².

Las principales debilidades detectadas y a las que se trata de hacer frente con este modelo de actividad son: la limitación de los cuatrimestres para desarrollar en profundidad todas las competencias e impartir y aplicar la programación docente de las asignaturas, así como el elevado número de estudiantes por grupo; realidad que obliga a ser innovadores y creativos para implantar una nueva metodología, sin por ello restar calidad ni rigor a la enseñanza y sin rebajar los niveles de exigencia y calidad³.

Una de las competencias más relevantes que deben desarrollar nuestros alumnos es la expresión oral⁴. Esta competencia, presente en todos los grados, adquiere aún más

1 RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., y MESEGUER VELASCO, S., “Renovación de metodologías docentes en los estudios de grado en Derecho”, *REJIE*, núm. 2, p. 138: “(...) el profesor debe adaptarse a las novedosas tendencias docentes. El profesor tradicional se convierte, en este marco, en profesor-tutor al estilo anglosajón, acompañando y guiando al estudiante en el desarrollo de su itinerario universitario. Ahora, el profesor, partiendo siempre del dominio de los conocimientos que exige la asignatura que imparte, deberá renovar los sistemas tradicionales de enseñanza, y deberá plantear su materia determinando las competencias transversales y específicas que debe adquirir el alumno, para plasmarlas en su guía docente, eligiendo las herramientas necesarias para facilitarlas y elaborando los materiales docentes necesarios para ello”.

2 En relación a la renovación metodológica en el seno del modelo Bolonia y el Proyecto Tuning, SANJURJO RIVO, V., “El proceso de Bolonia: mito y realidad”, *REJIE*, núm. 5, enero 2012, p. 124.

3 Sobre la importancia de la motivación y la implicación del alumnado, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Acerca de la enseñanza de la Ciencia del Derecho Administrativo en las Facultades Universitarias”, *REJIE*, núm. 3, enero 2011, p. 17: “Y aquí hay un aspecto previo, muy elemental, sobre el que también conviene detenerse para marcar el acento. Me refiero a la preocupación del profesor por INTERESAR a quienes van a aprender con él. Siempre he tenido muy presente la perspectiva de interesar al alumno con las explicaciones. Exige un esfuerzo adicional el moverse dentro de un campo de rigor y de una cierta altura y el cuidar, al mismo tiempo, que los problemas interesaran al alumno; tratar de que le cojan o le capten las cuestiones, que le dejen ventanas abiertas”.

4 En relación al concepto de competencia, RIESCO GONZÁLEZ, M., “El enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje”, *Tendencias pedagógicas*, 13, 2008, pp. 79 - 105.

Sobre las las competencias genéricas y específicas que debe adquirir un estudiante de Derecho,

relevancia en el ámbito del grado en Derecho y en las asignaturas jurídicas que se imparten en otras titulaciones. La defensa ante un tribunal de los trabajos fin de grado obliga a preparar a los estudiantes para ese último ejercicio que presenta un mayor desafío para el alumno, porque no sólo debe exponer de forma oral las conclusiones de su investigación, sino que también ha de realizarlo ante un tribunal compuesto por varios profesores, debe limitar su explicación a un tiempo determinado y responder a las cuestiones que se le planteen⁵.

Desarrollar esta competencia en los alumnos de grado plantea notables dificultades derivadas del elevado número de estudiantes que componen cada grupo, la limitación de tiempo en las clases de los grupos prácticos para dedicarlo a las actividades que desarrollan la expresión oral, y la reticencia de buena parte del alumnado a participar, debido a su timidez o inseguridad a la hora de exponer sus argumentos. A este fin se trata de desarrollar una actividad que también incida en una de las principales dificultades del alumno en sus exposiciones: exponer con claridad las principales líneas de su investigación, es decir, enfocar y definir los conceptos clave; y, por otro lado, desarrollar su exposición en un tiempo determinado, lo que les ayuda a profundizar en los términos básicos.

Debemos señalar que esta metodología se ha completado con la realización de otros supuestos prácticos más tradicionales como es la discusión y resolución de casos en clase, previa preparación por cada alumno, y la elaboración de estudios jurisprudenciales y de comentarios de artículos doctrinales. La actividad que analizamos era una más de las propuestas a lo largo de todo el curso académico, cuya ponderación en la calificación final era más acusada a la vista del mayor esfuerzo y dedicación que habían de destinar los estudiantes a su realización y exposición posterior⁶.

En la misma línea se trata de desarrollar competencias esenciales que les permitan también acercarse a los modelos profesionales para la mejor defensa de sus investigaciones (por ejemplo en un máster o un doctorado), exposiciones y defensa de su currículum en entrevistas de trabajo, etc. Se toma un modelo de 20x20 que también se puede adaptar a las necesidades de cada exposición y del número de intervinientes⁷.

destacando aquellas más demandas por el mercado profesional, AA. VV., *Enseñar Derecho en el S. XXI. Una guía práctica sobre el Grado en Derecho*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y PALOMINO LOZANO, R. (Dir.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009.

5 Un análisis sobre las primeras experiencias en España en la implantación de los trabajos fin de grado, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, P., “Trabajo Fin de Grado en Administración y Dirección de Empresas (ADE): De la teoría a la experiencia de la Facultad de CC. Empresariales y Turismo del campus de Ourense (Universidad de Vigo)”, *REDU: Revista de docencia universitaria*, vol. 11, núm. 3, octubre-diciembre, 2013, pp. 279 – 299.

6 En relación a la elaboración de ensayos y su debate en el aula, HERNANDO MASDEU, “Desarrollo y evaluación de competencias retóricas orales y escritas por medio de ensayos y casos prácticos”, *REJIE*, núm. 3, enero 2011, pp. 81 – 92.

7 Para más información sobre este formato y las experiencias que se han desarrollado en distintos países del mundo: <http://www.pechakucha.org/daily>

CHRISTIANSON, M., y PAYNE, S., “Helping students develop skills for better presentations: using the 20x20 format for presentation training”, *Language Research Bulletin*, vol. 26, ICU, Tokyo, 2011, pp. 1-15. Como señalan estos autores en las conclusiones de su aplicación del sistema de presentaciones 20x20, p. 10: “Using a 20x20 format, or some variation of this format, may be more effective than assigning a traditional presentation with only a time limit in some cases. The main benefits seem to be that students can gain experience with focusing their points, making more appealing visuals slides, managing time, and

El formato PechaKucha 20x20 surgió en Japón en el año 2003, y supone un nuevo y atractivo sistema para acabar con el hartazgo que en cualquier audiencia supone una larga presentación. Los dos autores de este formato son Astrid Klein and Mark Dytham, dos arquitectos que idearon este formato con el fin de que jóvenes arquitectos y artistas pudieran mostrar en un breve espacio de tiempo sus últimas creaciones. El modelo original de este formato se basa en una presentación con una duración máxima de 6,40 minutos, organizados en 20 diapositivas a cada una de las cuales se destinan 20 segundos de la exposición.

2. Esquema y caracteres

El sistema de trabajo supone la realización de un conjunto de exposiciones; hay que tener presente que cada una de las exposiciones tendrá una duración aproximada de siete minutos, de forma que en unos cuarenta y cinco minutos se hayan realizado seis exposiciones. Después de un bloque de cinco exposiciones se acaba con esta fase y se comienza con el debate en el que, dirigidos por el profesor, los alumnos deben plantear cuestiones a los compañeros que han realizado las exposiciones. Gracias a la agilidad de este modelo de exposiciones, se favorece que en una misma sesión de una hora y media se pueda dedicar la primera mitad al desarrollo de las presentaciones y la segunda mitad al debate.

En este modelo de intervenciones todas las exposiciones está vinculadas y relacionadas, versan sobre una temática común y cada una de las intervenciones se ha centrado en una perspectiva, por lo que todos tienen conocimientos suficientes para participar. La dinámica ágil de las exposiciones pone de relieve la importancia de analizar temas vinculados, con un hilo conductor común a toda la sesión de intervenciones. Asimismo, se aconseja que los estudiantes dispongan de suficientes conocimientos sobre la materia para poder intervenir con claridad en el debate; planteando cuestiones que les permitan ampliar sus conocimientos sobre los temas expuestos por sus compañeros, y que hagan reflexionar a los que han realizado la exposición.

La aplicación de esta experiencia recibió una acogida positiva por parte del alumnado.

rehearsing thoroughly in an efficient way. The result has been that our students prepare and rehearse more, deliver far more engaging presentations, and feel that the format helped them improve their presentation skills”.

En el ámbito universitario español podemos citar la experiencia desarrollada en el seno de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), que bajo el título “Spin UOC: La cita del conocimiento transferible de la UOC”, tuvo lugar el 28 de junio de 2013, mediante el que se expusieron un conjunto de proyectos seleccionados por la citada Universidad a fin de trasladar a la sociedad la actividad de I+D+I que se desarrolla en el seno de esta institución. Se sucedieron las exposiciones de los proyectos bajo el formato Pecha Kucha y ante un auditorio formado por empresarios, que posteriormente establecieron contacto con los ponentes para la puesta en marcha de proyectos en común. Para obtener más información sobre esta iniciativa véase en http://www.uoc.edu/portal/es/recerca-innovacio/difusio-publicacions/noticies/noticies-OSRT/2013/noticia_016.html

Una experiencia en la aplicación para la docencia de este formato, DE LUNA VILLALÓN, M., “Pechakucha 20x20: un formato adaptado a la clase de ELE para promover la comunicación oral de estudiantes de primer año”, *Revista Nebrija de Lingüística Aplicada*, núm. 13 (número especial – Actas de Congreso), marzo de 2013, disponible en http://www.nebrija.com/revista-linguistica/files/revistasPDF/526a47dc03a6e_revista_completa_13.pdf

La realidad es que los estudiantes están acostumbrados a tener que aceptar metodologías diversas, que provienen de la voluntad de innovar y de incorporar nuevos sistemas de aprendizaje. En este contexto no suelen mostrar especial asombro ante las novedades; no obstante, cuando se les explicó en clase las características de este tipo de presentaciones se mostraron sorprendidos por su originalidad y carácter novedoso.

Para la aplicación de cualquier nuevo sistema de enseñanza es vital realizar una explicación clara, que resuelva todas las cuestiones que puedan surgir a los estudiantes y les otorgue seguridad para la mejor realización de su tarea. Entre los elementos que resultan clave para este modelo de exposición hay que resaltar los siguientes:

a) La realización de las presentaciones debe partir de una premisa fundamental: la limitación de tiempo. Ello obliga a que cada diapositiva no contenga demasiado texto; se recomienda que se incluyan esquemas, diagramas o incluso imágenes, cuando sea oportuno en función del tema a tratar.

Este elemento ofrece grandes dificultades para el alumnado; puesto que, aunque expresamente se les aconsejó que no reprodujeran el contenido íntegro de los preceptos que analizaron, buena parte de las exposiciones se caracterizaron por diapositivas muy cargadas, que habrían necesitado de al menos 10 minutos para la explicación completa de cada una de ellas. Esta realidad pone de manifiesto la gran dificultad de nuestro alumnado para extraer las principales ideas de una materia. La limitación era de 20 segundos para cada diapositiva; no obstante, se redondeó de los 6 minutos y 40 segundos hasta 7 minutos, puesto que se comprobó que el inicio de la presentación siempre exigía algo más de tiempo para justificar el tema.

b) En lo que respecta al trabajo escrito, también se ofrecieron unas directrices para su realización⁸. Desarrollar la competencia de expresión escrita se configuraba como un elemento esencial ante el importante déficit que presentan los estudiantes. Estas carencias se conocían por la experiencia de cursos anteriores, y se habían confirmado con el grupo en el que se implantó esta actividad, puesto que ya habían presentado otros trabajos por escrito y se les había informado sobre la necesidad de mejorar de forma considerable su expresión, e incluso la importancia de resolver los graves errores ortográficos en los que incurrían. No se estableció limitación en cuanto a su extensión, ni en cuanto al mínimo ni en cuanto al máximo de folios empleados; si bien se les exigió que incluyeran un apartado de bibliografía en el que recogieran todas las fuentes empleadas en su investigación. Asimismo, también se les indicó sobre la importancia de incorporar un anexo de jurisprudencia en el que debían recopilar las referencias jurisprudenciales que habían citado a lo largo de todo el trabajo. La finalidad de estos condicionamientos era que prestaran atención a las fuentes que consultan y que se familiarizaran con las citas.

8 LÓPEZ-CÓZAR NAVARRO, C., PRIEDE BERGAMINI, T., y BENITO HERNÁNDEZ, S., “El desarrollo de la expresión escrita en las Universidades de Madrid: los Trabajos Fin de Grado en los estudios de ADE”, *REDU: Revista de docencia universitaria*, vol. 11, núm. 3, octubre-diciembre, 2013, p. 282: “Las competencias instrumentales, como la expresión escrita, deben conseguirse durante todo el período formativo del estudiante. El alumno, desde que se incorpora a la universidad hasta que se gradúa, debe ir desarrollando cada una de ellas en las distintas asignaturas con diferentes actividades, trabajos, pruebas, etc. En este sentido, el aprendizaje de la expresión escrita debe trabajarse, teniendo en cuenta que el desarrollo de la misma no se hace de forma espontánea”.

c) Entre las indicaciones que se ofrecieron para la realización de esta actividad también nos encontramos con la referencia fundamental del trabajo en grupo. Ante el elevado número de matriculados en la asignatura, que se encontraba cercano al centenar de estudiantes, los grupos de trabajo debían ser grandes; por ello se optó por establecer un máximo de cinco alumnos, admitiendo sin excepciones los grupos de cuatro personas, si bien de forma excepcional también se admitió participar a un grupo de tres estudiantes. Se estableció en cinco el límite máximo de integrantes de los grupos porque pensamos que superar esta cifra era excesivo y desvirtuaría la actividad, impidiendo alcanzar los objetivos perseguidos.

3. Desafíos de la puesta en práctica

La materialización de esta metodología se llevó a cabo en dos sesiones presenciales a las que asistieron todos los estudiantes que habían participado en esta actividad. El número de grupos fue muy elevado, fueron un total de dieciséis grupos, y la temática sobre la que trabajaron fue el régimen jurídico-administrativo de la función pública. Es importante señalar que la realización de esta actividad se encontraba integrada en un conjunto de tareas de carácter práctico que se plantearon a lo largo de todo el curso; lógicamente puntuaba de forma positiva para aquellos alumnos que la realizaran correctamente, pero no penalizaba su no realización. Los estudiantes que no participaron no disponían de esta calificación, que formaba parte del bloque de evaluación práctica; la programación docente de esta asignatura fija este apartado en un 50% de la calificación final.

El tema genérico común era la regulación administrativa de la función pública, si bien en la página web de la asignatura se puso a disposición del alumnado un amplio listado de materias que analizaban aspectos concretos de la función pública, tales como las clases de empleados públicos, los procedimientos de selección y el régimen disciplinario. Cada grupo era libre para seleccionar la materia que quería trabajar; a pesar de que había un listado muy amplio, dos grupos manifestaron su interés en trabajar sobre las mismas materias. Como era un caso excepcional, se permitió que dos grupos trabajaran sobre el mismo tema; si bien en este caso fue necesario realizar una tutoría con cada uno de los grupos para asesorarles hacia perspectivas de estudio y análisis genuinas, y que permitieran un resultado heterogéneo a pesar de la identidad en el tema seleccionado. Esta opción era posible porque los temas que configuraban el listado eran lo suficientemente genéricos para garantizar líneas de investigación diversas.

A cada uno de los grupos se les ofreció un listado con bibliografía, compuesto por monografías, artículos de revistas especializadas, referencias de páginas web de Administraciones Públicas y otros organismos, y bases de datos de legislación y jurisprudencia especializadas. Esta información sobre las fuentes bibliográficas se remitió a cada grupo, puesto que estaba preparada para la materia que habían seleccionado. Asimismo, se realizó una exposición en clase sobre cómo realizar una búsqueda bibliográfica, ya que buena parte de los alumnos nunca había consultado revistas especializadas, y sólo de forma muy esporádica habían consultado alguna monografía en la biblioteca universitaria. En esta línea se les recomendó la realización

de los cursos especializados que ofrece la biblioteca y que les permitirían recibir asesoramiento por parte del personal especializado para la realización de las búsquedas bibliográficas, elemento clave de sus trabajos de investigación.

La asignatura en la que se implantó esta experiencia se imparte en el primer cuatrimestre del segundo curso en el Grado en Derecho, y buena parte del alumnado no está familiarizado con las citas en los trabajos de investigación. A fin de solventar las dudas que les podían surgir sobre este particular, en la misma sesión en la que se informó sobre todas las características de los trabajos se ofreció una pormenorizada explicación sobre la forma de cita bibliográfica y de cita jurisprudencial. Estos conocimientos adquieren gran importancia porque les permiten familiarizarse con un modelo de trabajo y unas técnicas de investigación que podrán aplicar a lo largo de toda su trayectoria académica y profesional.

3.1.La limitación de tiempo: virtudes y deficiencias

A pesar del hincapié que se les hizo a los alumnos sobre la importancia de ajustarse al tiempo prefijado, los resultados no fueron plenamente satisfactorios. Sólo un tercio de los grupos que participaron en este ejercicio se ajustaron al tiempo previsto. Los estudiantes se mostraron sorprendidos por la estricta aplicación de esta limitación de tiempo. Pensaban que los criterios se relajarían, y la duración total sería más flexible, a pesar de que desde el primer día en el que se expuso esta metodología se aseguró que se emplearía un cronómetro para garantizar que todos disponían del mismo tiempo total para su exposición. Se les recomendó que en cada diapositiva emplearan 20 segundos, si bien no se controló esta opción; a pesar de la sencillez para instalar una visualización automática que permitiera programar el paso cada 20 segundos de las diapositivas. Consideramos que esta opción más controlada puede ser de aplicación cuando los estudiantes ya se encuentren familiarizados con este sistema de presentaciones, y se sientan más cómodos con los controles de tiempo, correspondería por tanto a un segundo nivel en la implantación de este tipo de actividades.

Una vez que se iniciaron las presentaciones, se aplicó de forma estricta la limitación de tiempo; de esta forma, cuando se cumplían los 8 minutos comenzaba a sonar una alarma controlada por uno de los alumnos que estaban presentes en el aula. En cuanto finalizaba el tiempo debían parar la exposición, con independencia del momento en el que se encontraran. Los estudiantes eran conscientes de su incapacidad para cumplir el tiempo, y la mayoría se sorprendía de la lentitud con la que habían realizado la presentación.

La realización de las exposiciones se llevó a cabo por todos los grupos, y la mayor parte optó por exponer de forma conjunta, dividiéndose la presentación entre todos los miembros. A este respecto no se habían establecido criterios estrictos, dejando al alumnado que se decantara por aquella opción que fuera más adecuada a la dinámica de su grupo. A la vista de la necesidad de intervenciones sucesivas de todos los integrantes, se hizo más palpable la importancia de haber realizado un ensayo previo para conseguir una exposición correcta.

La dinámica de las exposiciones se llevó a cabo agrupando bloques de cinco grupos, tras los que se abría un pequeño espacio de resumen y debate sobre las principales cuestiones que habían surgido a lo largo de las presentaciones. En estos espacios de reflexión también se aprovechaba para aclarar algunos conceptos que no habían sido explicados en profundidad, y que podían dar lugar a dudas sobre la materia.

La rapidez y la agilidad que caracterizaron las exposiciones favoreció que el alumnado fuera más participativo y, de forma destacada, fomentó que estuvieran más atentos, puesto que constantemente cambiaban los compañeros que exponían. Uno de los principales elementos que se trataba de controlar con esta metodología era la pasividad del alumnado, incluso el hastío que llegaban a manifestar mientras estaban exponiendo otros compañeros. Esta realidad ya habíamos tratado de evitarla en cursos anteriores con otras iniciativas como puntuar de forma positiva a aquellos alumnos que realizaran preguntas de interés a los grupos que habían expuesto; o bien incluyendo en el examen final de la asignatura alguna pregunta sobre las materias objeto de exposición.

De todas las opciones empleadas, sin duda la metodología objeto de análisis en este artículo fue la que mejores resultados ha arrojado a este respecto. Los alumnos se sentían más atraídos por la originalidad de la metodología empleada; en varias ocasiones, no todas las esperadas a lo largo de su trayectoria académica, habían realizado exposiciones pero siempre bajo el formato tradicional. Por tanto, les mantenía atentos comprobar si sus compañeros cumplían con el tiempo de exposición.

Este control de tiempo también se convertía en un aliciente para los grupos que fueron exponiendo, porque sabían que el cumplimiento del tiempo era estricto y trataban de adaptarse y ser más concretos y concisos en sus intervenciones. Uno de los aspectos que se ha tratado de corregir con esta metodología es la divagación de los estudiantes en sus exposiciones. Con la experiencia de cursos anteriores, donde los estudiantes que realizaban en público sus intervenciones tenían grandes dificultades para discriminar los aspectos más relevantes de sus temas de aquellos intrascendentes, se ha buscado un sistema para ayudarles y guiarles a través de la limitación de tiempo; la finalidad última es que expusieran menos cantidad de conceptos y que se centraran en los términos básicos de la materia y los explicaran con claridad.

3.2.La integración de los estudiantes Erasmus en la metodología

Una de las circunstancias que nos encontramos en el grupo donde se implantó esta propuesta de trabajo fue que contábamos con un alumno Erasmus de origen italiano. Cuando se explicó la naturaleza y caracteres de la actividad, este estudiante manifestó sus dificultades y limitaciones para integrarse en un grupo y propuso realizar un trabajo individual con la misma metodología. Con el fin de aprovechar la presencia en clase de un alumno de otra nacionalidad, y que ya había trabajado en temas de función pública en su país, se optó por enriquecer esta actividad con una exposición de derecho comparado. El tema que se propuso a este alumno fue un análisis de los caracteres generales de la función pública, que comprendiera las diferencias y similitudes que presentaba tras una comparativa entre el ordenamiento italiano y el español.

El estudiante realizó un trabajo escrito y una presentación oral, igual que el resto de sus compañeros. No obstante, y ante las dificultades de realizar una exposición en otro idioma se optó por ampliar a diez minutos el tiempo máximo de su exposición. Esta singularidad atendía a que el alumno Erasmus, si bien era capaz de expresarse con corrección en castellano, no disponía de la fluidez del resto de sus compañeros; por lo que estaba justificado que dispusiera de algunos minutos extra en su exposición, que permitieran compensar el handicap de expresarse en una lengua extranjera. Se les explicó a todos los grupos que en el caso del estudiante Erasmus se aplicaría esta excepción, aumentando en unos minutos su exposición si bien se mantenía el resto de requisitos en cuanto al número de diapositivas y a la necesidad de centrarse en los principales conceptos, y de ser conciso y claro en sus explicaciones.

Antes de la exposición del alumno Erasmus se llevó a cabo una breve introducción por parte del profesor en la que se inició a los alumnos en los principales caracteres del ordenamiento italiano. A continuación, el alumno Erasmus llevó a cabo su exposición sobre el tema específico de función pública. La totalidad del alumnado valoró de forma muy positiva esta exposición; no habían tenido experiencias previas sobre derecho comparado por lo que les pareció muy interesante conocer otro ordenamiento, y se sorprendieron de las similitudes existentes entre ambos.

4. La evaluación

4.1. Primer nivel: la puesta en común y valoración en grupo

Cuando finalizó la actividad se realizó una puesta en común y una valoración en grupo de todos los estudiantes. Este primer nivel de evaluación de la metodología trataba de ofrecer una respuesta inmediata, puesto que se realizó en la última sesión presencial en la que se llevaron a cabo las exposiciones. La mayoría de los estudiantes no muestra interés en realizar encuestas o valoraciones posteriores, por lo que se optó por una evaluación informal y en grupo, en la que no era necesario señalar a ninguno de los grupos que había intervenido, sino que simplemente se expusieron principales desafíos, positivos y negativos, que había supuesto esta tarea.

En esta evaluación inicial, los alumnos manifestaron abiertamente que no habían ensayado las exposiciones, aún cuando les había quedado claro que era un elemento consustancial a la metodología de aprendizaje que se estaba implementando. La mayor parte de los estudiantes no había ensayado su parte de la exposición, ni tampoco había ensayado en grupo. Reconocieron que cada vez que habían realizado una exposición pública de sus trabajos sólo habían preparado una presentación para el ordenador y habían tratado de memorizar los textos.

Ninguno de los estudiantes había realizado un ensayo de la exposición en voz alta y, por supuesto, no se habían planteado realizarlo frente a otros compañeros, amigos o familiares, con independencia de su conocimiento previo sobre la materia. Una vez realizadas las exposiciones, los estudiantes reconocieron que debían haber practicado, ya que se habrían sentido más seguros y podrían haber cumplido los objetivos de tiempo con más garantías; sin embargo, es necesario destacar que un porcentaje bastante

elevado de los estudiantes no habían considerado que fuera necesario cuando estaban preparando la exposición, si no que primaron memorizar el texto a exponer que estar familiarizados con las exposiciones.

Otro de los elementos que los alumnos pusieron de relieve en esta puesta en común fue que el haber asistido a las exposiciones de sus compañeros les había permitido detectar numerosos fallos, que también habían cometido en sus propias presentaciones pero que sólo los habían apreciado al comprobarlos en otros grupos. De esta forma se había alcanzado una finalidad de aprendizaje de segundo grado, puesto que se había adquirido a través de la observación y evaluación de otros compañeros, una valoración por pares entre los propios estudiantes.

En especial, y en esta charla en grupo se puso de manifiesto por buena parte de los asistentes, detectaron problemas en cuanto a la expresión oral, el empleo de los términos técnicos de la disciplina, y el lenguaje corporal y la posición que adoptaban en el espacio. Los alumnos comentaron que a muchos de sus compañeros no se les entendía con claridad; bien porque iban muy rápido en la exposición o bien porque hablaban demasiado bajo. Otro de los elementos que pusieron de relieve fue el vocabulario empleado, detectaron que había un déficit importante en cuanto al empleo reiterativo de expresiones coloquiales; en este sentido las “coletillas” más habituales fueron “vale”, “en plan de...”, y “en verdad...”. Los alumnos no eran conscientes de la pobreza del vocabulario que empleaban hasta que no lo escuchaban de forma reiterada en sus compañeros; muchos de ellos reconocieron que empleaban idénticas expresiones y que no eran conscientes del efecto que provocaban en aquellos que les estaban escuchando hasta que habían atendido a las exposiciones del resto de grupos.

La relevancia de la postura y el lenguaje corporal fue otro de los elementos que detectaron los alumnos. Si bien cabe señalar que, mientras que los errores de vocabulario fueron señalados por un grupo mayoritario, las deficiencias en cuanto a la postura y el lenguaje corporal fueron expresados por un grupo minoritario, aproximadamente un veinte por ciento de los estudiantes que participaron en esta experiencia. Sobre este aspecto, los alumnos reconocieron que encontraban dificultades sobre cómo situarse en la tarima y para dirigirse a un público que les imponía y ante el que sentían nervios e inseguridades. En especial, se preocupaban por el movimiento de las manos, por la importancia o no de consultar las notas que llevaban, e incluso sobre si debían mirar a los compañeros, al profesor, o bien no fijar la vista en ninguno de los asistentes.

4.2.-Segundo nivel: la valoración por pares

Además de la valoración en conjunto realizada en la última de las sesiones, se llevó a cabo un sistema de evaluación por pares⁹. De forma individual, y a través de una

9 BERNABÉ VALERO, G, y BLASCO MAGRANER, J., “Evaluación por pares y autoevaluación en el aula universitaria: una visión desde el enfoque por competencias”, *Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria*, Universidad de Alicante, 4 y 5 de julio de 2013, disponible en

aplicación disponible en la página web de la asignatura, cada uno de los estudiantes debía evaluar la labor de sus compañeros. Se optó por una evaluación personal, y no grupal, porque algunos de los estudiantes no acudieron a las dos sesiones de las exposiciones y sólo los que habían escuchado y participado en las dos clases podían evaluar; puesto que eran los únicos que disponían de los elementos de juicio necesarios para poder emitir una valoración lo más objetiva posible.

Las evaluaciones no eran anónimas, porque en la página web de la asignatura quedaba constancia del alumno que la había realizado. De hecho, era un elemento más que formaba parte de la actividad, por lo que era imprescindible que por parte del profesorado se pudiera identificar sin ninguna duda qué alumnos habían llevado a cabo la evaluación. No obstante, estas valoraciones no eran públicas, para que los grupos no entraran en competición. Cuando se explicó esta circunstancia a los estudiantes, se mostraron conformes, puesto que no querían que sus valoraciones fueran conocidas por los demás compañeros, ni siquiera en el caso de que se les garantizara el anonimato.

Para la evaluación de los alumnos se estableció un baremo de puntuación genérico, del 1 al 10, y se les exigió que tomaron como referencia dos aspectos: la claridad de las exposiciones y su adecuación al tiempo de exposición previsto. En sus valoraciones, los alumnos solían coincidir en la puntuación concedida a los distintos grupos y, salvo alguna excepción aislada, respondían a criterios que coincidían con los apreciados por el profesor.

5.Consideraciones finales y propuestas de futuro

El carácter transversal de las competencias desarrolladas es uno de los elementos que consideramos más relevantes de esta metodología, ya que permite al alumno aplicar los conocimientos adquiridos en otras asignaturas del Grado, e incluso en su formación de posgrado. En este sentido destacaríamos las competencias de expresión oral y escrita, como elementos básicos; al igual que cabe señalar los conocimientos adquiridos en cuanto a las citas bibliográficas y jurisprudenciales, clave para la formación del alumnado. En la misma línea, la realización de una investigación obliga al estudiante a realizar una búsqueda de información, a conocer las bases de datos y a consultar el material disponible en la biblioteca.

A través de esta experiencia también se aspira a la consecución de competencias que van a desarrollar en su etapa profesional. En este sentido cabe destacar la necesidad de trabajar en grupo, y cumplir con unos requisitos en cuanto al tiempo de las intervenciones. En todas las disciplinas, pero de forma destacada en las jurídicas, el estudiante debe adquirir paulatinamente estas competencias y habilidades que le permitirán defender y exponer su argumentación frente a un tribunal; no sólo para el caso del ejercicio como abogado, si no también si decide optar por las oposiciones, puesto que algunos de los ejercicios que comprenden exigen la demostración ante el tribunal calificador de los conocimientos sobre una materia en un tiempo acotado para su intervención. Esta vinculación hacia el mundo laboral es un aspecto más de las

virtualidades que ofrece esta actividad, y que en ningún caso se encuentra reñida con la finalidad última de aprendizaje y reflexión, que guían en el desarrollo de esta propuesta.

A través de esta metodología se aspira a ofrecer herramientas al estudiante para que sea capaz de asentar sus conocimientos y de exponerlos con claridad, argumentar y defender su visión tras un trabajo previo de investigación y reflexión. En este sentido la aplicación profesional es un objetivo más al que se pueden aplicar las competencias adquiridas, pero no la finalidad única ni última de la metodología propuesta¹⁰. En un entorno laboral cambiante, donde una persona no puede aspirar a realizar el mismo trabajo durante toda su etapa laboral si no que habrá de adaptarse a los cambios exigidos y donde la propia configuración de los empleos se encuentra en constante transformación, a la vista de los avances tecnológicos y las nuevas formas de relación, sería incoherente preparar en exclusiva para las demandas profesionales. La Universidad se encuentra llamada a dotar al estudiante de los mecanismos que les permitan reflexionar, criticar y aplicar sus conocimientos, siendo capaces de desarrollarlos y ampliarlos en una constante evolución.

Preparar al estudiante a lo largo de todo el ciclo del grado le permitirá afrontar con mayor éxito la prueba final de la defensa del trabajo fin de grado, donde habrá de realizar una exposición de su investigación ante un tribunal de profesores y en un tiempo limitado. Los alumnos valoran muy positivamente que esta actividad les prepare para la exposición y defensa de este trabajo final; la mayoría desconocía que la citada asignatura implicaba una exposición en público y reconocieron que no se sentían preparados para realizar una exposición de las características que se les exigían en un plazo de dos años.

Un destacado número de estudiantes manifestaba que no se encontraban cómodos realizando exposiciones públicas, incluso algunos expresaban su temor ante este tipo de ejercicios. Al cuestionarles sobre su experiencia en este tipo de dinámicas de trabajo un porcentaje muy elevado, alrededor de dos tercios de los que participaron en la actividad, reconocieron que a lo largo de la etapa de enseñanza preuniversitaria habían sido muy escasos los supuestos en los que realizaron exposiciones en clase, y la mayoría de las veces fueron de carácter muy informal. Como eran alumnos de segundo curso habían tenido algunas experiencias en la Universidad, pero normalmente vinculadas a la corrección de algún supuesto práctico o a la intervención en simulaciones.

Más de la mitad de los alumnos que participaron en esta experiencia sólo había preparado un par de presentaciones a lo largo de toda su trayectoria académica, preuniversitaria y universitaria. Uno de los aspectos que resaltaron sobre las exposiciones que habían realizado con anterioridad era la ausencia de directrices; todos los grupos que participaron en la actividad valoraron de forma positiva la limitación en el número de diapositivas y en el tiempo empleado, y en especial, lo acotados que se encontraban los temas sobre los que debían profundizar.

10 Como afirma LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Reflexiones sobre los desafíos de Bolonia y la misión del profesor universitario. Entre la innovación y la tradición”, *REJIE*, núm. 4, junio 2011, p. 35: “la Universidad puede colaborar en la formación de profesionales competentes, pero sin pretender conseguir una formación compleja en todas las competencias profesionales del futuro licenciado, aunque sea común mencionar las diferentes salidas existentes en el diseño de las titulaciones”.

La rapidez y agilidad de las exposiciones fueron clave para que todos los grupos pudieran realizar la actividad. En el caso de que se hubiera optado por un modelo tradicional habría sido imposible desarrollar estas competencias de expresión oral; ya que el grupo era muy numeroso y las sesiones de la asignatura se limitaban a un cuatrimestre, en el que había que explicar un programa amplio y desarrollar otras competencias y habilidades en el alumnado.

A la vista de los resultados obtenidos con la aplicación de esta metodología se ha decidido continuar con su aplicación en el próximo curso. Si bien se van a introducir otros dos criterios para su evaluación, que se pondrán en conocimiento del alumnado cuando se expliquen las características de la actividad. En primer lugar, se les va a exigir que tomen en consideración la puesta en escena de la exposición, es decir, el lenguaje no verbal que transmiten al público, en este caso a los compañeros y al profesor. Como ya hemos comentado, los estudiantes son capaces de detectar las deficiencias que provoca una mala postura o la lectura sin pausa de las notas, pero sólo cuando son otros los que están exponiendo, siendo incapaces de autoevaluarse sobre estos aspectos. Los nervios y la falta de experiencia, unidos al desconocimiento sobre estos aspectos, condicionan que no sean capaces de ofrecer una postura segura y acorde con una exposición en un centro universitario.

En segundo lugar, también se va a establecer una directriz muy clara en cuanto al contenido de las diapositivas, para tratar de controlar su tendencia a transcribir preceptos completos o bien a cargar cada diapositiva con un texto que no les da tiempo a explicar ante la limitación de tiempo a que se encuentran sometidos. Acudir a la esencia de la materia objeto de estudio e investigación, y profundizar sobre estos conceptos básicos supone un gran desafío para el estudiante, pero una vez superado es de gran interés porque no sólo le facilita la mejor comprensión de la materia, si no que le permite exponer y transmitir con claridad los conocimientos adquiridos.

6. Bibliografía

AA. VV., *Enseñar Derecho en el S. XXI. Una guía práctica sobre el Grado en Derecho*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y PALOMINO LOZANO, R. (Dir.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009.

BERNABÉ VALERO, G., y BLASCO MAGRANER, J., “Evaluación por pares y autoevaluación en el aula universitaria: una visión desde el enfoque por competencias”, *Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria*, Universidad de Alicante, 4 y 5 de julio de 2013.

CHRISTIANSON, M., y PAYNE, S., “Helping students develop skills for better presentations: using the 20x20 format for presentation training”, *Language Research Bulletin*, vol. 26, ICU, Tokyo, 2011, pp. 1-15.

DE LUNA VILLALÓN, M., “Pechakucha 20x20: un formato adaptado a la clase de ELE para promover la comunicación oral de estudiantes de primer año”, *Revista Nebrija de Lingüística Aplicada*, núm. 13 (número especial – Actas de Congreso), marzo de 2013.

HERNANDO MASDEU, “Desarrollo y evaluación de competencias retóricas orales y escritas por medio de ensayos y casos prácticos”, *REJIE*, núm. 3, enero 2011, pp. 81 – 92.

LÓPEZ-CÓZAR NAVARRO, C., PRIEDE BERGAMINI, T., y BENITO HERNÁNDEZ, S., “El desarrollo de la expresión escrita en las Universidades de Madrid: los Trabajos Fin de Grado en los estudios de ADE”, *REDU: Revista de docencia universitaria*, vol. 11, núm. 3, octubre-diciembre, 2013, pp. 279 – 299.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Reflexiones sobre los desafíos de Bolonia y la misión del profesor universitario. Entre la innovación y la tradición”, *REJIE*, núm. 4, junio 2011, pp. 23 – 44.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Acerca de la enseñanza de la Ciencia del Derecho Administrativo en las Facultades Universitarias”, *REJIE*, núm. 3, enero 2011, pp. 9 – 26.

RIESCO GONZÁLEZ, M., “El enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje”, *Tendencias pedagógicas*, 13, 2008, pp. 79 - 105.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., y MESEGUER VELASCO, S., “Renovación de metodologías docentes en los estudios de grado en Derecho”, *REJIE*, núm. 2, junio 2010, pp. 135 – 148, disponible en <http://www.eumed.net/rev/rejie>

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, P., “Trabajo Fin de Grado en Administración y Dirección de Empresas (ADE): De la teoría a la experiencia de la Facultad de CC. Empresariales y Turismo del campus de Ourense (Universidad de Vigo)”, *REDU: Revista de docencia universitaria*, vol. 11, núm. 3, octubre-diciembre, 2013, pp. 279 – 299.

SANJURJO RIVO, V., “El proceso de Bolonia: mito y realidad”, *REJIE*, núm. 5, enero 2012, pp. 121 - 146.

EL PROYECTO DE INTERCAMBIO DE MOVILIDAD DOCENTE ERASMUS EN EL ÁMBITO DE LAS CIENCIAS PENALES (Experiencias desde la Universidad de Oviedo)

JESÚS BERNAL DEL CASTILLO
Profesor Titular de Derecho Penal
jbernal@uniovi.es

Universidad de Oviedo.

Resumen: Este trabajo explica el Proyecto que desarrollamos entre las Universidades de Oviedo (España) y Greenwich (Reino Unido), dentro del Marco del los Programas de Movilidad Docente Erasmus, en el ámbito de las asignaturas relacionadas con el Derecho Penal, la Criminología y la Política Criminal. Se expone la experiencia positiva del intercambio de profesorado, las materias que son susceptibles de una enseñanza comparada y la metodología que seguimos en cada Universidad, conforme a las necesidades de los alumnos y de la docencia de cada una.

Palabras claves: Intercambio de profesorado, ciencias penales, Programa Erasmus.

Abstract: This paper explains the Project developed between the University of Oviedo (Spain) and Greenwich (UK), within the framework of the Erasmus Teaching Mobility Programs, in the field of subjects related to Criminal Law, Criminology and Criminal Policy. We talk about the positive experience of exchanging teaching, the materials that are subject to a comparative teaching and the methodology we follow in each university according to the needs of their students and teaching.

Key words: Exchange of teaching staff, Penal Sciences, Erasmus Program.

Sumario: 1. El Marco Normativo: Las acciones Europeas de movilidad; 2. ¿Qué es la movilidad de personal para docencia?; 3. Los programas de movilidad docente en el ámbito del Derecho; 4. El Programa de Movilidad docente entre las Universidades de Oviedo (España) y Greenwich (Reino Unido); 4.1 Las Ciencias Penales; 4.2 La actividad docente realizada en la Universidad de Greenwich; 4.3 La actividad docente realizada en la Universidad de Oviedo; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. El Marco Normativo: Las acciones Europeas de movilidad

El Programa de Movilidad Docente del Profesorado Universitario forma parte de las iniciativas ligadas al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), dirigidas a renovar la enseñanza universitaria en Europa mediante Programas Educativos comunes que incrementen la calidad de la docencia y aprendizaje en todas sus etapas.

Una de las claves de este objetivo es fomentar el intercambio, la cooperación y la movilidad entre los sistemas de educación y formación de los países que participan, mediante acciones diferentes, adaptadas a cada nivel educativo y a las diferentes

finalidades: mejorar la actividad del conocimiento, la cohesión social, facilitar las opciones profesionales de los jóvenes fuera del entorno de sus propios países, etc.¹

Este conjunto de acciones, diseñadas en un principio de forma independiente, han sido objeto de un proceso de reunificación y redefinición a fin de mejorar sus resultados y extender su aplicación. En este proceso se pueden distinguir tres etapas orientadas a su mejor sostenibilidad funcional y económica:

(1) 2000-2007: **Programas Educativos Europeos** (Sócrates, Erasmus, Comenius, Lingua, Leonardo da Vinci, Grundtvig y Cátedras Jean Monet).

(2) 2007-2013: El **Programa de aprendizaje permanente** (PAP) se constituye en el principal mecanismo de financiación europea en el campo de la educación y la formación. El Programa de aprendizaje permanente sustituye a los programas Sócrates, Leonardo da Vinci y e-Learning² y comprende cuatro programas, en cada uno de los cuales se concederán ayudas y subvenciones a proyectos que incrementen la movilidad transnacional de las personas, fomenten las asociaciones bilaterales y multilaterales o mejoren la calidad de los sistemas de educación y formación mediante proyectos multilaterales que promuevan, por ejemplo, la innovación. Entre ellos nos interesa destacar el **Programa Erasmus**, que atiende a las necesidades de enseñanza y aprendizaje de todos los participantes en la educación superior formal (incluidas las estancias transnacionales de estudiantes en empresas), así como de los centros y organizaciones que imparten o facilitan esa educación y formación.

(3) El Parlamento Europeo ha aprobado el **Programa Erasmus+** para el período 2014-2020, que entró en vigor el 1 de enero de 2014. El nuevo programa Erasmus+ se enmarca en la estrategias Europa 2020, Educación y Formación 2020 y *Rethinking Education*, y engloba todas las iniciativas de educación, formación, juventud y deporte³.

2. ¿Qué es la movilidad de personal para docencia?

La movilidad personal para la docencia se ha enmarcado, sucesivamente, dentro de los programas Sócrates, Erasmus y a partir de este año, en el programa Erasmus+. Los objetivos y características comunes a esta movilidad, señalados en el diseño del Programa de Aprendizaje Permanente⁴ pueden resumirse en los siguientes:

¹ Según la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999, uno de los objetivos del Espacio Europeo de Educación Superior es “La promoción de la movilidad, superando los obstáculos que se oponen al libre movimiento de los estudiantes, al acceso a los estudios y a las oportunidades de aprendizaje y otros servicios; y respecto a los profesores, investigadores y personal administrativo, el reconocimiento y valor de los periodos de estancia realizados en las instituciones educativas europeas”.

² En España este programa está gestionado por el *Organismo Autónomo de Programas Educativos Europeos* (OAPEE), adscrito al Ministerio de Educación y tiene como misión gestionar la participación española en el Programa de Aprendizaje Permanente (PAP) de la Unión Europea.

³ Erasmus + integrará los programas existentes en el Programa de Aprendizaje Permanente, además de otros programas diferentes.

⁴ <http://www.oapee.es/oapee/inicio/pap/erasmus/personal-para-docencia.html>. Las disposiciones generales serán recogidas en la normativa de cada Universidad, que fijará, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamentos, las especificaciones por las que se regirá en el desarrollo de estas Acciones.

A. Permitir que los estudiantes que no pueden participar en un programa de movilidad puedan beneficiarse de los conocimientos y la experiencia del personal académico de instituciones de educación superior de otros países europeos.

B. Fomentar el intercambio de competencias y experiencia sobre métodos pedagógicos.

C. Animar a las instituciones de educación superior a que amplíen y enriquezcan la variedad y el contenido de los cursos que ofertan.

De forma más específica las características de esta acción se pueden concretar en las siguientes:

A. La actividad principal es la enseñanza impartida por un profesor de una institución de educación superior o personal de una empresa en otra institución de educación superior de un país socio, aunque al margen puedan desarrollarse otras actividades.

B. Podrá participar el personal docente de instituciones de educación superior que posean una Carta Universitaria Erasmus (EUC/X) o personal de empresas elegibles.

C. El personal docente que participe en un programa de movilidad debe estar integrado en el departamento o la facultad del centro de acogida. Esto implica que se cumplan los requisitos siguientes:

1. La movilidad de personal para docencia deberá estar basada en acuerdos interinstitucionales firmados entre los centros.

2. Las instituciones de enseñanza superior asociadas deberán acordar con anterioridad al inicio de la movilidad el programa de docencia que impartirán los profesores en la institución de acogida. Y ese programa deberá corresponder a alguna de las materias que integran los Títulos Oficiales (Grado, Postgrado o Doctorado) de la universidad receptora.

3. No se establece una duración mínima de esta actividad, pero es obligatorio impartir al menos cinco horas lectivas (anteriormente se fijaban un mínimo de 8 horas).

Aunque no se especifique en la normativa general o particular de las instituciones, al margen de los anteriores requisitos formales, la realización de este tipo de actividades docentes se encuentra delimitada por otra serie de condiciones que resultan obvias, aunque no por ello sean menos importantes, sin las cuales la efectividad de este programa de intercambio docente sería imposible o, al menos, se reduciría a su mínima expresión. Me refiero en particular a dos cuestiones:

En primer lugar, se encuentra el problema del idioma. Al contrario que en el intercambio de estudiantes, entre los requisitos del Programa de Intercambio Docente, no se exige que los participantes en esta actividad docente conozcan el idioma del centro receptor donde van a impartir la docencia. Ello no supone, en mi opinión, una condición necesaria debido a la misma naturaleza de la actividad a realizar. En concreto, se sobreentiende la posibilidad de comunicación entre el docente invitado y los estudiantes, pues de otra forma no habría sido posible firmar con un mínimo de verosimilitud un acuerdo bilateral por las autoridades de los centros académicos

respectivos. De hecho, en el programa docente que se reclama como requisito de concesión de la ayuda financiera por la Universidad de origen, al profesor que se traslada, se pregunta por el idioma en que va a impartir la docencia, lo cual significa que esta cuestión debe estar resuelta en cada caso, bien por el conocimiento del idioma del centro de destino, bien por otra razón que considero frecuente: la docencia se imparte en la “lengua franca” contemporánea: el inglés, o también porque se cuenta con los medios necesarios para la comunicación: por ejemplo, utilización de traducción simultánea.

En segundo lugar, la exigencia de que la docencia verse sobre los programas oficiales incluidos en la Universidad de destino podría representar un problema importante, dadas las diferencias entre los planes de estudio y la estructuración de la docencia entre los distintos países (y por supuesto, dentro de los centros de un mismo Estado). Esta coincidencia no representa, según mi experiencia, un obstáculo relevante, salvo en asignaturas o materias docentes muy específicas, a pesar de que no debe ignorarse que no todas las disciplinas son iguales a efectos de un contenido o desarrollo similar en los diferentes Estados. Por ejemplo, el aprendizaje y docencia de las ciencias experimentales responde generalmente a los mismos postulados en los distintos países lo que es menos frecuente en determinadas ciencias sociales. No obstante, pienso que la flexibilidad de la configuración de este programa de intercambio difícilmente excluye promover estos convenios y estancias docentes en prácticamente todas las disciplinas. Como ejemplo de ello, quiero comentar a continuación mi experiencia en la participación de este Programa en el ámbito de las Ciencias Penales y con una Universidad de un país anglosajón: el Reino Unido, aspectos ambos que dentro de la tradición jurídica española, se encuentran notablemente alejados.

3. Los Programas de movilidad docentes en el ámbito del Derecho

El contenido de las Ciencias jurídicas tiene como objeto el estudio y desarrollo del particular ordenamiento jurídico de cada Estado. No hace falta incidir en las diferencias del Derecho de cada país. No obstante, se comparten principios e instituciones comunes que han hecho que su aprendizaje y desarrollo haya tenido siempre en cuenta las interrelaciones del Derecho de los diversos países y, sobre todo, de sus fundamentos y principios comunes. En épocas recientes, diversos fenómenos sociales y jurídicos han incrementado una aproximación e interdependencia de los ordenamientos estatales, por ejemplo bajo el impulso de los procesos políticos unificadores de los Estados, del desarrollo de las Instituciones y Organizaciones Internacionales y de la propia evolución de la vida social y económica, tendente a la internacionalización y globalización. Al mismo tiempo que se desarrolla progresivamente esta tendencia de aproximación en las ramas tradicionales del Derecho surgen otras disciplinas que entran también dentro del terreno de lo jurídico, pero que tienen un contenido no normativo y que complementan o integran el Derecho positivo: ciencias políticas, sociología, e incluso ciencias empíricas.

Todas estas circunstancias propician e influyen también en la consiguiente evolución de la enseñanza universitaria de las ciencias jurídicas en orden a su progresiva armonización y complementariedad. Desde hace tiempo, se puede decir que en muchos sistemas educativos, las distintas disciplinas jurídicas incluyen el conocimiento del Derecho de otros Estados en casi todas las materias, empezando por las disciplinas

relacionadas con el Derecho Internacional y la Unión Europea o aquellas otras que recogen los principios jurídicos comunes o básicos, como la Filosofía del Derecho. Esta necesidad se ha visto acrecentada de forma más imperiosa, dado que cada vez más las salidas profesionales relacionadas con el Derecho se extienden al ejercicio de profesiones jurídicas en otros Estados. En este contexto natural de un estudio del Derecho comparado, al menos en un gran número de países, la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior ha acelerado esta tendencia, a través de sus diversas acciones⁵.

Una de las reformas incorporadas por el sistema de Bolonia que ha tenido un mayor éxito en este proceso de aproximación de la enseñanza del Derecho han sido los Programas de Intercambio Erasmus, especialmente entre los estudiantes de Derecho de los diversos países europeos, sobre todo de aquellos cuyos sistemas jurídicos están más próximos por sus orígenes comunes o por la similitud de sus instituciones. Se nota, en cambio, una más lenta utilización de estos programas entre los países de Europa continental y los países que se inspiran en un modelo de Derecho anglosajón, en concreto el Reino Unido, con tradiciones y principios jurídicos muy diferentes. También se observa la menor utilización de estos programas de intercambio Erasmus en el ámbito del Intercambio docente.

En estos dos últimos aspectos se ha centrado nuestro Proyecto de Movilidad, que se encuadra en tres coordenadas: la primera, en cuanto a la materia, que versa sobre las ciencias penales; la segunda, el proyecto se enmarca dentro de una perspectiva de aproximación entre el mundo jurídico anglosajón y el derecho continental europeo; la tercera el proyecto se plantea como un intercambio docente, no como un intercambio entre estudiantes.

4. El Programa de Movilidad docente entre las Universidades de Oviedo (España) y Greenwich (Reino Unido)

Toda acción de movilidad de profesorado en el marco de los Programas Erasmus exige una fase previa de contacto, la firma del Convenio correspondiente y la continuidad en el tiempo de las actividades de intercambio de profesorado ajustadas a los programas docentes concretados en el mismo.

En el Programa que dirijo, la primera fase coincidió con la puesta en marcha en la Universidad de Oviedo del Título Propio de Criminología⁶, la adopción del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho del año 2002⁷ y el impulso por parte del Vicerrectorado de Internacionalización al Programa Erasmus. La tarea investigadora centrada en el interés por el mundo jurídico y la ciencia criminológica anglosajona, me llevó a una inicial puesta en contacto con el Prof. Dr. Richard Wild, Senior Lecturer of

⁵ http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/libro_blanco_derecho/Parte_1_libroblanco_derecho_def.pdf

⁶ Iniciado en 1999, equivale al Grado de Diplomado Universitario conforme al Real Decreto 1272/2003, de 10 de Octubre, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Su sustitución por el Grado Universitario en Criminología está en proceso de elaboración en la Universidad de Oviedo.

⁷ El Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho del año 2002 de la Universidad de Oviedo fue sustituido por el Grado en Derecho, que se implantó en el curso 2010-2012.

Criminology de la Universidad de Greenwich en Londres, y tras un estudio pormenorizado, a la firma de un Convenio Bilateral entre ambas Universidades en el ámbito de la docencia, por entender que esa era la perspectiva que mejores resultados podría ofrecer al aprendizaje de los estudiantes de ambas Universidades, según los respectivos planes de estudios en las diversas materias comprendidas en las Ciencias penales. El Convenio ha tenido como responsables a ambos profesores y se ha extendido durante los años 2006 a 2010 y, tras un paréntesis causado por la modificación de la enseñanza universitaria en el Reino Unido, se renovó en el presente curso académico 2013-2014, con la perspectiva de encuadrarlo dentro del nuevo Programa Erasmus+, que implicará su renovación no anualmente, sino con una vigencia de 6 años (2014-2014).

En cuanto a los fines del Proyecto, éste tiene como objeto poner en práctica uno de los objetivos del programa Erasmus: permitir a los estudiantes de cada una de las Universidades “beneficiarse de los conocimientos y la experiencia del personal académico de instituciones de educación superior de otros países europeos”. En nuestro caso, enriquecer el aprendizaje de los estudiantes que cursan algunas de las disciplinas penales, con contenidos y competencias que pueden aportar docentes de las mismas.

La primera dificultad que nos encontramos al poner en marcha este proyecto fue la viabilidad del mismo en función de la materia. Por una parte, porque las Ciencias Penales comprenden una pluralidad de disciplinas, alguna de las cuales suscitaban dudas sobre su posible inclusión en los programas de intercambio. La segunda cuestión que debimos fijar fue la adopción de una metodología docente acorde con la estructura de los programas de las universidades respectivas de forma que realmente aportaran una transmisión de conocimientos valiosos a los estudiantes. La flexibilidad del diseño del Programa Erasmus facilitó ambas cuestiones.

4.1. Las Ciencias Penales

El objeto del intercambio docente tenía que versar sobre alguna de las materias que se comprenden dentro del ámbito de las llamadas Ciencias Penales. Se trata de un conjunto de disciplinas de naturaleza y contenido diferente: jurídico, social, empírico, con diferente metodología, pero interdependientes y complementarias en función de su objeto de estudio común: el delito, el delincuente y su tratamiento por el Estado. En sentido propio podemos hablar de tres Ciencias Penales principales: el Derecho Penal, la Política Criminal y la Criminología⁸, cada una de las cuales aborda el fenómeno criminal desde perspectivas diferentes. Como expone el Prof. García-Pablos, cada vez más se apunta hacia un “modelo integrado” entre las tres ciencias⁹, de las cuales la Criminología se ocupa del sustrato empírico y el método científico propio de estas ciencias; la Política Criminal parte del análisis criminológico para diseñar estrategias concretas que sugiere al legislador y a las Instituciones Públicas; mientras que el Derecho Penal convierte esas estrategias en normas jurídicas.

⁸ La lista de las Ciencias Criminales es, en realidad mucho más amplia, comprendiendo disciplinas a las que aquí no nos referimos, o bien porque tienen su propia naturaleza como ciencias diferentes, sirviendo como auxiliares al desarrollo o aplicación de las que hemos mencionado, o bien porque hoy día se incluyen ya propiamente en la Criminología sobre todo: entre esas otras ciencias encontramos la Medicina Legal, la Psiquiatría y Psicología, el Derecho Penitenciario, etc.

⁹ GARCÍA-PABLOS, A. 2009, *Tratado de Criminología*, 4ª edic. Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, p. 224.

Las tres disciplinas forman parte actualmente de los Planes de Estudio de la Enseñanza Superior de muchas universidades europeas, incluidas en los mismos conforme a las tradiciones docentes y a la evolución de cada una de ellas en los distintos países. Así, mientras en España el Derecho Penal ha constituido y así es todavía, la ciencia penal fundamental, la Criminología ha experimentado un desarrollo más tardío, en cuanto ciencia (teoría y disciplina) y en su aplicación práctica; en cambio, en el mundo anglosajón, la Criminología tiene un desarrollo científico y una aplicación profesional mucho más clara. Por otra parte, la Política Criminal rara vez tiene una independencia respecto del Derecho Penal, incluyéndose parte de sus fundamentos y contenidos dentro de los programas de estudio de este último. También las diferencias entre la evolución jurídica y política de los diversos Estados han dado un contenido diferente al Derecho Penal anglosajón y al vigente en otros países europeos.

Estas diferencias en el contenido y enseñanza de estas ciencias no implican en modo alguno unas barreras esenciales a la hora del diseño de programas de estudio comunes o también, de la divulgación de la investigación sobre ellas entre universidades e instituciones de países diferentes, sobre todo debido a la necesidad de incrementar la convergencia de las aportaciones de las ciencias penales a una política común, al menos dentro de la Unión Europea, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia¹⁰. Basándonos en esta tendencia de aproximación de las ciencias penales, se planteó como objetivo de nuestro Proyecto Docente el reto de encontrar, dentro del diseño de los programas de intercambio Erasmus, aquellas materias correspondientes al ámbito de las ciencias criminales, que presentaran un interés común a instituciones de diversos países y una metodología en su desarrollo que realmente se ajustaran a los objetivos perseguidos en cada Universidad sobre la docencia de estas cuestiones.

En este sentido, tuvimos a nuestro favor desde el principio dos factores: por una parte, la amplitud y heterogeneidad de la materia docente y, por otra, la flexibilidad del Programa Erasmus para organizar la metodología más conveniente.

En el primer aspecto, decidimos que las tres ciencias penales: Derecho Penal, Política Criminal y Criminología tenían contenidos idóneos para organizar actividades docentes en ambas Universidades. Quizás por la mayor diferencia en la llamada Parte General del Derecho Penal entre el derecho anglosajón y el continental, optamos por excluir del Proyecto gran parte de la materia propia de esta disciplina¹¹, centrándonos en la Parte Especial del Derecho Penal: es decir el estudio de los delitos y penas concretos, desde las perspectivas que sobre ellos ofrecían las otras dos ciencias: Política Criminal y Criminología. Más en concreto, tomamos como materia principal de enseñanza las actividades de intervención en el análisis y prevención de los delitos y el papel de las instituciones públicas en este objetivo (*Policing*).

¹⁰ Sobre la naturaleza, fines y utilidad del método comparativo de sistemas jurídicos, vid. DAVID, R./JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands Systèmes de droit contemporains*, 2012, Paris, 12ª ed., Dalloz; DONNINI, Massimo, “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en *La Política Criminal en Europa*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), 2004, Barcelona, ps. 41-57.

¹¹ No está de más señalar aquí los esfuerzos en el ámbito académico sobre todo, de armonizar y aproximar los Principios Generales y la Teoría del delito que proceden de la tradición anglosajona y del derecho de muchos países continentales europeos, sobre todo debido a las exigencias derivadas de la Política Criminal de la Unión Europea; sobre este tema puede consultarse mi libro *Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, 2011ed. Atelier, 2011.

En el segundo aspecto, tuvimos claro desde el principio, que cada una de las dos Universidades organizaría la docencia del profesor visitante conforme a su propio sistema pedagógico y al diseño de sus planes de estudio. Por eso, la Universidad de Greenwich organiza esta actividad dentro del ámbito de los Programas de Criminología y Justicia Criminal, siguiendo la técnica de las exposiciones docentes y coloquios, mientras que la Universidad de Oviedo organiza la docencia de dos formas diferentes: bien en forma de lección magistral, bien en forma de Seminario predominando esta última técnica metodológica. Al desarrollo de ambos nos ocupamos en los apartados siguientes.

4.2 La actividad docente realizada en la Universidad de Greenwich

La firma del Convenio bilateral entre las Universidades de Oviedo y Greenwich en el curso 2005-2006 inaugura el Programa de Intercambio docente entre ambas Universidades. Las estancias en dicha Universidad se me encomiendan como profesor responsable del Convenio y se desarrollaron a lo largo de estos años conforme a las siguientes características:

1- La docencia se ha desarrollado en inglés, utilizando el sistema de exposición oral, con la ayuda de medios audiovisuales, seguida de un coloquio con los estudiantes. La duración de cada una de las sesiones es aproximadamente de una hora y media. El término medio de asistentes a cada sesión varía entre 20 y 30 estudiantes.

2-La docencia se ha impartido en asignaturas diferentes, todas ellas correspondientes a los distintos Programas (*Undergraduate* y *Postgraduate Studies*)¹² que, según el Plan Docente vigente en dicha Universidad, se ofrece a los alumnos matriculados en los Estudios de Derecho y Criminología, que forman parte de la Escuela de Humanidades. Los temas se han concretado anualmente por el profesor responsable del convenio en dicha universidad atendiendo a las materias incluidas en alguna de las asignaturas que incluyeran en sus programas docentes cuestiones actuales sobre el delito y la delincuencia desarrolladas fundamentalmente desde una perspectiva político-criminal y criminológica.

3- En particular los temas desarrollados a lo largo de estos años han sido los siguientes:

Curso 2005-2006:

A) *La situación actual de la criminal en España. Problemas de Política Criminal.* (Curso de Postgrado en Política Criminal). El tema objeto de las clases fue un estudio comparado de la situación de la criminalidad en España y en el Reino Unido.

B) *Introducción al Derecho Penal español* (Curso de Postgrado en Derecho). Estas clases tuvieron dos temas de exposición: Introducción al sistema jurídico español.

¹² Debe tenerse en cuenta que el sistema británico de enseñanza universitaria difiere del nuestro. De una forma simplificada, en la Universidad de Greenwich distinguen en el ámbito del Derecho y de las Ciencias Sociales entre Undergraduate Programs (LLB Hons y BSC Hons) y Postgraduate Programs (LLM y MSC). A este respecto se puede consultar la página web de la Facultad de Derecho y Criminología de dicha Universidad: www.gre.ac.uk/about/schools/law.

Principios y características del Derecho Penal español, modelo contrapuesto al sistema jurídico anglosajón.

Curso 2006-2007:

A) *La política criminal española en materia de violencia contra las mujeres.* (Curso de Postgrado “Estudios de Criminología y Justicia Penal”). Los temas expuestos fueron: La prevención de la violencia en España: Estudio estadístico y causal. La Ley de Protección Integral sobre violencia de género: medidas, eficacia y experiencias.

B) *Medidas y desarrollo de la colaboración entre las fuerzas de seguridad y los ciudadanos.* (Curso de grado en Criminología). Los temas expuestos fueron: Delincuencia violenta. Terrorismo. Delincuencia relacionada con la seguridad del tráfico.

Curso 2007-2008:

A) *Política preventiva en la actuación policial.* (Curso de Postgrado: “Temas contemporáneos en Criminología”).

B) *Política Criminal Juvenil.* (Curso de Grado sobre Medidas de Política Criminal).

Curso 2009-2010:

El tema desarrollado fue *Cuestiones contemporáneas sobre Política Criminal en España*, dentro de los Cursos de Grado (BA) y Postgrado (MA) sobre Criminología y Estudios de Justicia Criminal.

Curso 2013-2014:

Los temas que se impartirán en este curso, tras la renovación del Convenio en el año 2013, son los siguientes¹³:

A) *La recepción en España de las políticas de prevención situacional del delito*, dentro del Curso de Grado de “fundamentos en Criminología”.

B) *Políticas de actuación sobre protección de minorías en Europa*, dentro del Curso de Postgrado “Actuación Policial, Seguridad y Prevención del delito”.

4- Resultados de la enseñanza docente en la Universidad de Greenwich:

Podría señalarse que cada una de las sesiones docentes representaba para los alumnos un complemento a las materias de los programas de estudio de los cursos respectivos. Se trataba en cada sesión de desarrollar uno de los temas desde una perspectiva comparada. Es decir, añadir al estudio de una cuestión particular de la aplicación de la Criminología y la intervención de las instituciones británicas encargadas de la lucha contra el delito, el análisis de esa misma cuestión desde la perspectiva española. Al tratarse de cuestiones de actualidad comunes a ambos países, el análisis comparativo de

¹³ El intercambio de este curso 2013-2014 tendrá lugar en el mes de marzo en la Universidad de Greenwich y en el mes abril en la Universidad de Oviedo.

los problemas y su intervención frente a los mismos ofrece a los alumnos la posibilidad de plantearse estos temas desde una perspectiva más amplia y enriquecedora. De hecho, la participación de los estudiantes ha sido siempre fluida y activa y los datos que poseo del interés suscitado entre los estudiantes han sido positivos.

4.3 La actividad docente realizada en la Universidad de Oviedo

El desarrollo de este Programa de intercambio en la Universidad de Oviedo ha adoptado una modalidad diferente, adecuándose a la estructura de la docencia en España y a los objetivos propuestos con esta actividad para los estudiantes de nuestra Facultad de Derecho y del Título de Criminología.

En primer lugar, nos topamos con el problema de la inexistencia de una asignatura independiente denominada Política Criminal, tanto en la Licenciatura como en el actual Grado de Derecho, que en cambio sí se imparte en el Título Propio de Criminología de la Universidad de Oviedo. Dado que los contenidos de esta Ciencia forman parte de la materia de la docencia objeto del convenio y su interés para los estudiantes de Derecho en ella, entendimos que el desarrollo de esta actividad en nuestra Universidad debía de estructurarse de forma que pudieran beneficiarse de ella alumnos de las dos titulaciones.

Dentro de las distintas técnicas de enseñanza, encontramos en los Seminarios docentes la metodología idónea para desarrollar el Programa del Convenio de Intercambio, adaptándolo a las concretas necesidades y posibilidades de nuestra Universidad¹⁴. El modo particular de estructurar este programa ha sido el siguiente:

1. Sus destinatarios han sido estudiantes de ambas titulaciones: Derecho y Criminología. Pero además permite también la admisión a los seminarios de profesionales que trabajan en instituciones y tareas relacionadas con la aplicación del Derecho Penal, la seguridad ciudadana y la Administración de Justicia, porque entendemos que dichos seminarios deben tener un carácter eminentemente práctico, en especial ofrecer a los estudiantes unos conocimientos sobre el modo de aplicar estas ciencias en cada salida profesional y mejorar la formación de los profesionales que trabajan ya en estas materias, aportando nuevos conocimientos, técnicas de trabajo y bagaje teórico.

2. Para atender a estos fines, los seminarios deberían desarrollarse de forma habitual fuera del contenido de una asignatura concreta, para no limitar la asistencia a los mismos de cualquier estudiante de alguna de las asignaturas relacionadas con las Ciencias Penales. En concreto admitimos en los seminarios a aquellos que estén matriculados en cualquiera de los cursos del Título de Criminología de la Universidad de Oviedo y a los alumnos que también estén matriculados en alguna de las asignaturas

¹⁴ Debe advertirse que en nuestro Proyecto los que denominamos “Seminarios docentes”, no responden exactamente a la herramienta metodológica de los Seminarios prácticos, que implican la participación de pequeños grupos de alumnos en la realización de trabajos y posterior discusión. Nuestro diseño se ajusta a otro esquema, más próximo a la exposición por un profesor de un tema, seguida de un coloquio correspondiente con los estudiantes; el trabajo personalizado de los estudiantes es posterior. Sobre el que llamamos seminario tradicional, vid. RÍOS CORBACHO, “Sobre la metodología y herramientas en la enseñanza del moderno Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Investigación e Innovación educativa*, nº 6, junio 2012, ps. 63-65. [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>.

de Derecho que tengan relación con el Derecho Penal, tanto asignaturas troncales como optativas.

3. Se ha exigido a los participantes la inscripción previa en los seminarios y se ha hecho un control de asistencia. Para los alumnos matriculados en alguna de las asignaturas de Derecho y de Criminología se ha valorado su participación y el aprovechamiento utilizando alguno de los sistemas de evaluación vigentes en los planes de estudios.

Para los Seminarios desarrollados estando vigente la Licenciatura en Derecho, la asistencia a los seminarios se valoraba reconociendo su asistencia y aprovechamiento mediante la concesión de los créditos de libre elección, según el Reglamento correspondiente. En el sistema de Grado los alumnos matriculados en alguna de las asignaturas de Derecho o de Criminología, deberán realizar algún trabajo o prueba práctica, conforme a los sistemas de evaluación fijados en la guía docente de la asignatura donde estén matriculados y que sea concretado por el profesor de la misma.

4. Los Seminarios se estructuran en forma de exposiciones orales sobre cuestiones concretas dentro del tema general del seminario. La regla general ha sido la inclusión de cuatro o cinco sesiones, al menos dos de las cuales han sido desarrolladas por el profesor visitante de la Universidad de Greenwich. El resto de las sesiones consistían en intervenciones de otros profesionales españoles especialistas en el tema general. Cada una de las sesiones consistía en una exposición oral seguida de coloquio con los asistentes, de dos horas de duración.

Los seminarios se han desarrollado en español, por la razón del escaso conocimiento de la mayoría de los asistentes del idioma inglés, contando siempre con un sistema de traducción simultánea en las intervenciones del profesor inglés. Éste ha sido quizás el único aspecto negativo que podemos encontrar en el desarrollo de este Programa. Es cierto que hubiéramos podido realizarlos en inglés, exigiendo a los asistentes un determinado nivel del idioma, pero ello hubiera reducido el número de participantes, contradiciendo así el objetivo de esta actividad docente, que es mejorar el nivel de los estudiantes en cuestiones relevantes de Política Criminal y Criminología, que no se tratan en las asignaturas del Programa oficial del Grado en Derecho, en las que están matriculados.

5. También en alguna ocasión hemos hecho una experiencia alternativa a los seminarios: la clase expositiva a un grupo reducido de alumnos de Derecho sobre un tema del programa, generalmente de asignaturas optativas, directamente en inglés y sin traducción simultánea. La experiencia demuestra la persistencia de la dificultad del nivel mínimo del idioma requerido por un elevado número de los estudiantes asistentes.

Afortunadamente, la implantación del Título de Grado en Derecho en la Universidad de Oviedo incorpora como una de las capacidades a lograr por los alumnos “formarse en un contexto internacional”, ofreciendo la adquisición de conocimientos de inglés jurídico, incluyéndose para ello asignaturas específicas¹⁵. De esta forma, al continuar nuestro programa de docencia Erasmus en Política Criminal añadimos como objetivo a conseguir de forma progresiva, su desarrollo íntegro en inglés, prescindiendo de la

¹⁵ Vid. Memoria de Verificación del Grado en Derecho de la Universidad de Oviedo.

traducción simultánea, en la medida en que cada vez se incrementa el número de estudiantes que demuestran poseer dicha capacidad.

6. Dada finalidad práctica de los Seminarios docentes, los temas escogidos para cada uno se han adaptado a aquellas cuestiones dentro de la Política Criminal y de la Criminología que por su actualidad y repercusiones, contribuyen al mejor conocimiento de las Instituciones dedicadas a la prevención de la delincuencia, a los problemas más relevantes en el ámbito de la Criminalidad y también a la crítica de las opciones legales o judiciales. Teniendo en cuenta estos requisitos, los seminarios docentes realizados en la Universidad de Oviedo han sido los siguientes:

Curso 2005-2006: I Seminario anglo-hispano de Derecho penal y Política Criminal: *Inglaterra y España: dos modelos de Prevención del crimen a examen.*

Curso 2006-2007: II Seminario anglo-hispano de Derecho penal y Política Criminal: *Debate político-criminal sobre la inmigración.*

Curso 2007-2008: III Seminario anglo-hispano de Derecho penal y Política Criminal: *Derechos humanos y el Derecho Penal.*

Curso 2008-2009: IV Seminario anglo-hispano de Derecho penal y Política Criminal: *Política Criminal y tratamiento informativo sobre la Criminalidad.*

En el curso presente, dada la implantación del Grado de Derecho en la Universidad de Oviedo y, teniendo en cuenta el nuevo diseño de la docencia, hemos considerado oportuno plantear para este año la docencia a impartir en el Marco del Convenio, no en forma de seminario docente, sino incluirlo dentro de una de las asignaturas del Grado: Consecuencias Jurídicas del delito, asignatura optativa de 3º curso, con seis créditos que se imparte en el segundo cuatrimestre.

La docencia se enmarcará dentro de la opción de seguir el sistema de evaluación continua que, según la Guía Docente de la asignatura, permite la realización de actividades de este tipo relacionados con el contenido de la misma. En concreto, dicha asignatura incluye entre las Capacidades a adquirir por los alumnos la “Capacidad de reunir e interpretar datos relevantes para emitir juicios que incluyan una reflexión sobre temas relevantes de índole social, científica o ética” (CG5) y la “Capacidad para adquirir técnicas de investigación” (CG27), y como resultado de aprendizaje “Identificar los principales problemas de las consecuencias jurídicas del delito: penas, medidas, reparaciones y consecuencias accesorias” (RAE10.2)¹⁶.

Sobre esta base hemos preparado dos clases expositivas en inglés de hora y media cada una sobre la efectividad de las penas de prisión y el problema de la pena de muerte, cuestiones que cumplen de modo excelente estos objetivos, La Metodología de la clase expositiva, incluida en la guía docente, se complementa con una sesión de intervenciones de los alumnos, sistema previsto también en la guía de la asignatura y

16 Sobre las nuevas técnicas de diseño de los contenidos y objetivos de las asignaturas, vid LÓPEZ RUÍZ, J.I., “Un giro copernicano en la enseñanza universitaria: formación por competencias”. en *Revista de Educación*, 2011, pp. 279-301.

que, añadido la realización de un resumen para demostrar la comprensión del tema, determinarán la evaluación de esta actividad.

5. Conclusiones

Hemos querido poner de manifiesto en este trabajo la experiencia desarrollada en la Universidad de Oviedo, en el marco de la enseñanza de las Ciencias Penales. La calificamos de Técnica de Innovación Docente en cuanto, tomando elementos generales de la metodología actual en las Facultades de Derecho españolas, introduce especificaciones notables que se adaptan a las condiciones particulares existentes en la Universidad de Oviedo.

Los resultados obtenidos a lo largo de estos años nos muestran la idoneidad de los Programas de Intercambio Docentes Erasmus, como vehículo de formación de estudiantes de Ciencias Jurídicas en el ámbito del Espacio Europeo de Educación Superior. Aunque nuestro Proyecto se inició con anterioridad a la implantación del Programa de Bolonia, su diseño desarrollado en aquellos años ha mostrado la validez del mismo para continuar su andadura en el nuevo esquema educativo.

Resalta como elemento necesario de estos Programas de Intercambio la flexibilidad de su diseño y su adaptación a las condiciones específicas de las Universidades participantes, así como la combinación de aquellas metodologías y contenidos que mejor se adapten a los objetivos perseguidos, que en nuestro caso son la promoción del estudio comparativo de las Ciencias Penales, con vistas a la formación de los estudiantes a partir de las investigaciones desarrolladas en otros países a nivel teórico, del funcionamiento de las instituciones involucradas en la lucha contra el delito y del enriquecimiento en suma, que proviene de un entorno jurídico y social diferente. Creemos que estos objetivos se están consiguiendo y confiamos en la mejora progresiva de nuestros programas de intercambio docente en los años sucesivos.

6. Bibliografía

- BERNAL DEL CASTILLO, J. *Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, 2011, Barcelona ed. Atelier.
- DAVID, R./JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands Systèmes de droit contemporains*, Paris, 12ª ed., Dalloz.
- DONNINI, Massimo, “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en *La Política Criminal en Europa*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), Barcelona, 2004, ps. 41-57.
- GARCÍA-PABLOS, A. 2009, *Tratado de Criminología*, 4ª edic., Valencia, ed. Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ RUÍZ, J.I., “Un giro copernicano en la enseñanza universitaria: formación por competencias”, en *Revista de Educación*, 2011, pp. 279-301.
- RÍOS CORBACHO, “Sobre la metodología y herramientas en la enseñanza del moderno Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Investigación e Innovación educativa*, nº 6, junio 2012, ps. 63-65. [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>.

UNA PROPUESTA DE ENSEÑANZA JURÍDICA CRÍTICA. APLICACIÓN EN LA ASIGNATURA «RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA»¹

EDUARDO MELERO ALONSO

Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo

eduardo.melero@uam.es

Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: En este trabajo se formula una propuesta de enseñanza jurídica crítica. Esta propuesta tiene entre sus objetivos poner de manifiesto la flexibilidad del derecho y que las valoraciones políticas forman parte del razonamiento jurídico. Además pretende incluir dentro de la enseñanza del derecho el análisis de los efectos de las normas en la sociedad, la valoración político-moral del derecho y la posibilidad de plantear alternativas a la regulación legal. En el trabajo también se detallan actividades concretas para poner en práctica tales aspectos.

Palabras clave: enseñanza jurídica crítica, derecho administrativo, casos prácticos, foros de discusión, debate con roles.

Abstract: This paper formulates a proposal for a critical legal education. The objectives of this proposal are to demonstrate the flexibility of the law and policy evaluations as part of legal reasoning. Also intended to include within the teaching of law the analysis of the effects of rules in society, the political and moral assessment of the right, and opportunity to propose alternatives to the legal regulation. The work also details specific activities to implement these aspects.

Keywords: critical legal education, administrative law, case studies, discussion forums, role discussion.

Sumario: 1. La dimensión crítica como una dimensión legítima en la enseñanza del derecho. 2. Una propuesta de enseñanza y aprendizaje jurídico crítico. 3. Actividades concretas para poner en práctica el aprendizaje jurídico crítico. 3.1. El «potencial crítico» de los casos prácticos. 3.2. Foro de discusión sobre aprendizaje jurídico crítico en moodle. 3.3. Debate con roles sobre la privatización de Canal de Isabel II. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada.

1. La dimensión crítica como una dimensión legítima en la enseñanza del derecho

Una de las funciones que se le asignan a la universidad es «La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura»; función que debe

¹ Este artículo se basa en el Proyecto de Cambio Docente «Mejora de la argumentación jurídica e introducción del aprendizaje jurídico crítico en los seminarios de la asignatura “Régimen jurídico de la actuación administrativa”» que presenté en la Universidad Autónoma de Madrid en junio de 2013 para la obtención del título de Experto en Docencia Universitaria.

desarrollarse «al servicio de la sociedad» [art. 1.2.a) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU)]. En el mismo sentido, la exposición de motivos de la LOU, apartado I, señala que los estudiantes «no sólo reciben es éstas [en nuestras universidades] una formación profesional adecuada, sino que pueden beneficiarse del espíritu crítico y la extensión de la cultura, funciones ineludibles de la institución universitaria»². El artículo 39.1 LOU menciona la «capacidad de estimular y generar pensamiento crítico» por parte de las universidades.

A la universidad le corresponde, por tanto, ejercer un papel crítico dentro de la sociedad. En mi opinión, esta dimensión crítica tiene que desarrollarse, entre otros, en el ámbito de la enseñanza y el aprendizaje.

Así, en el Libro Blanco del Título de Grado en Derecho, evaluado por la ANECA, se señalan entre las competencias específicas propias de la titulación en Derecho: la «10. Adquisición de *una conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico* y desarrollo de la dialéctica jurídica» y la «11. Adquisición de valores y principios éticos»³. Competencias que están muy relacionadas con el aprendizaje jurídico crítico.

En el mismo sentido, dentro de las competencias generales o transversales del Grado en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid se incluyen: «G1. Adquirir una actitud crítica ante la realidad y las ideas, y de apertura e interés por el trabajo intelectual y sus resultados» y «G9. Aprender a analizar críticamente la dimensión ética y política de las instituciones, los problemas y las soluciones jurídicas.»⁴

La dimensión crítica, por tanto, debe formar parte de la enseñanza jurídica. Hay que dotar de contenido concreto la dimensión crítica del aprendizaje jurídico⁵. Esta competencia debe materializarse en actividades que los estudiantes han de realizar y también debe formar parte de la evaluación de la asignatura. Debido a la ambigüedad propia del término, son posibles diferentes opciones para poner en práctica esta dimensión crítica de la enseñanza del derecho. En lo que sigue, plantearé una propuesta de enseñanza, señalando las actividades concretas que he realizado a partir de esta propuesta en la asignatura «Régimen jurídico de la actuación administrativa».

2. Una propuesta de enseñanza y aprendizaje jurídico crítico

² Parece que la exposición de motivos de la LOU distingue entre la formación profesional que se ofrece a los estudiantes y el espíritu crítico. No creo que sea así. En cualquier caso, lo que propongo en este trabajo es que la enseñanza profesional debe incluir entre sus objetivos una dimensión crítica.

³ LORENZO MERINO, F. (2005): *Libro Blanco del Título de Grado en Derecho*, pág. 181.

⁴ En la Guía docente de la asignatura «Régimen jurídico de la actuación administrativa», se incluye dentro de las competencias generales: «G.1. Adquirir una *actitud crítica ante la realidad y las ideas*, y de apertura e interés por el trabajo intelectual y sus resultados»

⁵ Como señala MEDINA PLANA, R. (2010): «El pensamiento crítico: una competencia transversal en los estudios de Derecho», *e-Legal History Review*, núm. 10, págs. 6-7, «no tiene sentido una definición general del pensamiento crítico, sino que la importancia de éste se deriva de su anclaje particular en cada área de conocimiento. La noción de qué sea y para qué sirva el pensamiento crítico difiere en cada disciplina; no tiene sentido enseñar “pensamiento crítico” en general».

A mi juicio, el aprendizaje jurídico crítico no pretende sustituir al modelo vigente de enseñanza del derecho sino complementarlo, en el sentido de ofrecer a los estudiantes una formación jurídica más integral⁶. El análisis crítico debe partir del derecho positivo, del derecho vigente. Coincido, por tanto, en que la enseñanza del derecho debe ofrecer a los estudiantes una formación básica que incluya como mínimo aprender a moverse por el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes, conocer los principios y valores que reconocen las normas, especialmente en la Constitución, y aprender a razonar y a operar con las normas y los conceptos⁷. Partiendo de que el derecho debe enseñarse desde tres preguntas básicas: 1) de dónde viene la institución, la previsión, la norma; 2) para qué sirve, qué finalidades trata de lograr; y 3) cómo funciona, cuál es su regulación⁸. En mi opinión, las dos primeras preguntas aportan una importante dimensión crítica a la enseñanza de las normas jurídicas, ya que implican que los estudiantes se planteen qué función social cumple el derecho.

El aprendizaje jurídico crítico presupone la competencia crítica de los estudiantes que puede definirse como «la capacidad de analizar críticamente una determinada situación, un supuesto teórico o un cuerpo de conocimientos con vistas a la producción de un juicio informado»⁹. La propuesta que planteo va más allá, ya que se formula en el contexto de una determinada comprensión del derecho y de su función social.

Coincido con la opinión de quienes plantean que el modelo tradicional de enseñanza es marcadamente formalista y que transmite a los estudiantes de derecho dos ideas básicas: la certeza o determinación del derecho y la autonomía del razonamiento jurídico. Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ las define de la siguiente manera: «1) la de la *certeza* o el carácter “determinado” del Derecho, en el sentido de que éste (por su racionalidad, por su determinación lingüística, por su plenitud y consistencia sistemática, por su coherencia valorativa) constriñe al jurista-intérprete y excluye o reduce su discrecionalidad, dictándole –al menos, en la inmensa mayoría de los casos– una única respuesta correcta; o, todo lo más, el Derecho deja un margen muy limitado de posibilidades de decisión (un margen mucho más limitado que el que en realidad suele existir en muchos más casos de los que el formalista suele creer); y 2) la de la *autonomía* o pureza del Derecho, en el sentido de su cerrazón respecto de consideraciones sustantivas, de tipo sociológico y valorativo (político-moral), tanto en

⁶ En el mismo sentido, PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», en LAPORTA, Francisco J. (editor): *La enseñanza del derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (2002)*, Madrid, UAM-BOE, pág. 213, señala que «la información sobre conocimientos acerca del Derecho positivo... no ha de desaparecer».

⁷ En este sentido, MARTÍN REBOLLO, L. (2007): «Sobre la enseñanza del derecho administrativo tras la declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, pág. 216.

⁸ MARTÍN REBOLLO, L. (2007), «Sobre la enseñanza del derecho administrativo...», ob. cit., pág. 218. Anteriormente, en la página 213, había señalado que «El estudiante, en efecto, debe aprender a orientarse en los vericuetos de las normas, conocer su sentido genérico, sus finalidades básicas. Aprender el porqué de las cosas, llegar a desvelar, sobre todo, las implicaciones prácticas de una u otra posición, atisbar las coordinadas históricas, sociales o políticas que enmarcan el complejo normativo o algunas teorías, establecer conexiones lógicas y conclusiones concretas».

⁹ MEDINA PLANA, R. (2010): «El pensamiento crítico: una competencia transversal en los estudios de Derecho», ob. cit., pág. 4.

el estudio de una verdadera “ciencia” jurídica como –lo que más interesa ahora– en el manejo práctico del Derecho»¹⁰.

En mi opinión, el cuestionamiento de la certeza del derecho y de la autonomía del razonamiento jurídico constituye el punto de partida de un proyecto de enseñanza jurídica crítico. Desde un punto de vista crítico, el modelo tradicional de enseñanza del derecho es marcadamente político, ya que la pretendida autonomía del discurso jurídico fomenta en los estudiantes una mentalidad apolítica, en el fondo conservadora, que asume como necesarias las construcciones jurídicas dominantes¹¹.

La propuesta de enseñanza crítica del derecho que formulo tiene su fundamento en un análisis jurídico crítico en el ámbito de la investigación. Las bases teóricas de este análisis parten de la indeterminación del derecho, del amplio margen de opción que éste permite al intérprete, debido a que el derecho está constituido por elementos contradictorios, está marcado por tensiones estructurales. Los conceptos y los juicios de valor que utiliza la dogmática jurídica no son neutros, sino que se basan en cuestiones metajurídicas, entre las que se encuentran las concepciones políticas y morales de los intérpretes¹².

Esta propuesta de enseñanza jurídica crítica se despliega en diferentes ámbitos:

1) Mostrar a los estudiantes que el derecho está marcado por una gran flexibilidad; su contenido es muy indeterminado. «El derecho es de goma», es una imagen que suelo utilizar en clase¹³. En este sentido hay que poner de manifiesto que «el campo jurídico es un lugar de luchas»; luchas en lo que está en juego es determinar el significado del derecho y que se llevan a cabo según las reglas establecidas en el campo jurídico¹⁴.

¹⁰ PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 204. En relación con la autonomía, ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. señala que «El enfoque dogmático habitual del estudio del derecho parece basarse aún en la creencia del carácter completamente autónomo de la argumentación jurídica. De acuerdo con este enfoque, la toma de posición valorativa del jurista en relación con el derecho vigente pertenece a su esfera de actuación política y no a la profesional. El análisis dogmático del derecho hace gala también de obviar los datos de la realidad social por considerarlos irrelevantes»; véase ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (2007): «Ciencia Política», en TORRES DE CERQUEIRA, D. y FRAGALE FILHO, R.: *O ensino jurídico em debate. O papel das disciplinas propedéuticas na formação jurídica*, Campinas, Millennium Editora, pág. 219.

¹¹ PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 247, considera que «Inculcar en los estudiantes la mentalidad, tan “de jurista”, de la (falsa) autonomía del discurso jurídico respecto del político–moral... supone *inculcarles una mentalidad política, y muy política: la mentalidad políticamente conservadora de “jurista apolítico”, el cual eleva a “neutrales” y “necesarias” las opciones –en realidad políticas– subyacentes a la representación dominante del Derecho*. Al excluir las consideraciones políticas y morales en la enseñanza, se está desmovilizando a los futuros juristas a la hora de cuestionarse política y moralmente lo que están aprendiendo, y se está obstaculizando su creatividad para buscar nuevas visiones posibles del universo jurídico» (la cursiva es mía).

¹² He desarrollado las bases teóricas del análisis jurídico crítico en MELERO ALONSO, E. (2003): «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, págs. 235 a 263.

¹³ Véase la entrada «El derecho es de goma» de mi blog *...desde fuera del Palacio* (<http://fueradepalacio.wordpress.com/2013/01/23/el-derecho-es-de-goma/>).

¹⁴ BOURDIEU, P. (2003): «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», *Jueces para la democracia*, nº 47, 2003, pág. 4.

- 2) Poner en evidencia que el razonamiento jurídico no es neutral, sino que incluye valoraciones de tipo político-moral. Un hecho que la técnica jurídica contribuye a ocultar. La enseñanza jurídico crítica debe, por tanto, desvelar las opciones valorativas de carácter político y moral que conforman los conceptos que utilizan los juristas¹⁵.
- 3) Explicitar los intereses materiales concretos que hay detrás de las normas y plantear los efectos reales, sobre la sociedad, que tiene la legislación¹⁶. Desde un enfoque crítico, se trata de plantear qué tipo de necesidades priorizan las normas jurídicas, cómo distribuyen las normas los recursos de la sociedad y a qué clases sociales benefician o perjudican estas normas¹⁷.
- 4) La valoración político-moral de las normas debe formar parte de la enseñanza del derecho¹⁸; integrándose en la docencia de las asignaturas de derecho positivo¹⁹.
- 5) También debe formar parte de la enseñanza del derecho, la posibilidad de plantear alternativas a la regulación legal y a las interpretaciones jurídicas dominantes²⁰. En un sentido más amplio, se trata de abrir a los estudiantes la posibilidad de que reflexionen sobre qué tipo de juristas quieren llegar a ser y qué papel pueden desempeñar dentro de la sociedad.

¹⁵ En el mismo sentido, PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 241.

¹⁶ Cuestión ésta que también proponen autores que se sitúan en la órbita del análisis económico del derecho. Así, ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada, pág. 20, plantea que han de tenerse en cuenta las consecuencias económicas y sociales de las decisiones jurídicas, legislativas o judiciales. De forma similar, DOMÉNECH PASCUAL, G. (2012): «El impacto de la crisis económica sobre el método jurídico (administrativo)», comunicación presentada en el XIX Congreso Ítalo Español de Profesores de Derecho Administrativo (octubre 2012), págs. 2-3, señala que el análisis jurídico ha de conocer el impacto que las normas jurídicas tienen en la sociedad; afirmación que se dirige a la dogmática jurídica pero implícitamente abarca también la enseñanza del derecho.

¹⁷ Esta cuestión ya la apunté en MELERO ALONSO, E. (2006): «Apuntes para un aprendizaje jurídico crítico», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, pág. 312.

¹⁸ Sobre la inclusión de la dimensión político-moral del derecho en la enseñanza jurídica, PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 211. Para este autor, «Se trata del nivel de discurso abiertamente valorativo en el que se plantean y se discuten, en su relación con el Derecho, las “cuestiones fundamentales” sobre el orden social y su transformación. Este nivel pretende cumplir una *finalidad crítica* y también *constructiva*». El objetivo es «formar juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente. Pero tanto esa crítica como esa dirección transformadora, constructiva, ha de estar sustentada en valores justificados» (pág. 240). Orientación y objetivos que comparto e intento introducir en mi propuesta de enseñanza jurídica crítica.

¹⁹ PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 240.

²⁰ SOUSA SANTOS, B. de (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Descleee de Brouwer, pág. 23, considera que teoría crítica es «toda la teoría que no reduce “la realidad” a lo que existe». La enseñanza crítica del derecho no puede limitarse al derecho positivo existente, sino que debe plantear a los estudiantes que es posible pensar alternativas a dicha regulación legal.

La lección magistral no es el instrumento más adecuado para trabajar las cuestiones relacionadas con el aprendizaje jurídico crítico, ya que tiende a favorecer la pasividad de los estudiantes y el dogmatismo en la transmisión de conocimientos jurídicos. A mi juicio, es mejor utilizar actividades prácticas en las que se pongan de manifiesto aspectos relacionados con el aprendizaje jurídico crítico: casos prácticos, debates con base en una lectura, juegos de rol, discusiones a través de foros *on line*...

Desde este punto de vista, considero que el papel del profesor debe favorecer la realización de algunas actividades y crear espacios de debate en los que los estudiantes puedan poner en práctica si no todos, al menos algunos de los elementos señalados anteriormente.

En mi opinión, un modelo de enseñanza jurídica crítica no puede pretender imponer una determinada comprensión del derecho a los estudiantes, eso sería hacer proselitismo²¹. Sí debe ofrecer pautas para llevar a cabo un análisis más amplio que la mera exégesis del contenido de las normas. De lo que se trata, más bien, es de proponer situaciones en las que se ponga de manifiesto la enorme flexibilidad del derecho, la importancia de las valoraciones político-morales en la interpretación de las normas, o los conflictos de intereses presentes en las regulaciones legales y en su aplicación. Y que, a partir del análisis de dichas situaciones, los estudiantes saquen sus propias conclusiones.

3. Actividades concretas para poner en práctica el aprendizaje jurídico crítico

Como ya se ha señalado, hay que dotar de un contenido concreto al aprendizaje jurídico crítico. En mi caso, planteé actividades que permitieran poner en práctica alguna de las dimensiones del aprendizaje jurídico crítico. En lo que sigue, relataré las actividades que puse en práctica durante el curso 2012/2013 dentro de los seminarios de la asignatura «Régimen jurídico de la actuación administrativa». Es una asignatura de 9 créditos ECTS, que incluye contenidos tanto de la llamada parte general de derecho administrativo como de la parte especial. En cuanto a la primera, abarca los tipos de actuación de la Administración, acto administrativo, procedimiento administrativo, contratos del sector público y jurisdicción contencioso-administrativa. Respecto a la parte especial del derecho administrativo incluye: propiedad privada, expropiación, responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, bienes públicos, actividades de los poderes públicos y servicios públicos.

3.1. El «potencial crítico» de los casos prácticos

²¹ En este sentido, no está de más tener en cuenta las palabras del historiador británico Edward P. Thompson: «Yo estoy resueltamente en contra de mezclar la docencia con cualquier variante de proselitismo político, porque eso es aprovecharse injustamente de una posición de ventaja sobre los estudiantes. Mi impresión, de todas, todas, es que ese abuso lo suele cometer de manera flagrante, mucho más que la izquierda, una derecha incautamente habituada a suponer que sus puntos de vista constituyen la única ortodoxia posible. Pero eso no debe ser excusa para que la izquierda se ponga a emular abusos de la derecha». Véase el texto «Reflexiones inéditas de Thompson sobre política, historia y el papel de los intelectuales», en la página web www.sinpermiso.info

Se ha señalado que «la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar»²². Desde este punto de vista, los casos prácticos deberían servir para ejercitar la capacidad de argumentación jurídica. En mi opinión, se puede ser un poco más analítico, distinguiendo varias habilidades implicadas en la resolución de un caso práctico. En este sentido, considero que las competencias generales que han de emplear los estudiantes para resolver un caso práctico son:

- Comprender un supuesto de hecho, diferenciando qué información es relevante y cuál no lo es desde el punto de vista jurídico.
- Descubrir los problemas jurídicos que plantea un supuesto de hecho. En mi opinión, ésta es la competencia más importante y compleja, ya que implica ser capaz de analizar la realidad desde un punto de vista jurídico.
- Encontrar la norma –o las normas– que resuelven un determinado problema jurídico²³.
- Interpretar el contenido de la norma o las normas, aplicándolas a la situación de hecho que plantea el caso práctico.
- Plantear una solución no ambigua a los problemas jurídicos que plantea el caso práctico.

Según mi experiencia docente, la realización de casos prácticos también implica cierto potencial crítico en la enseñanza y aprendizaje del derecho. En primer lugar, porque reduce el riesgo de que los estudiantes asuman una visión aporreada del derecho. A mi juicio hay casos prácticos que pueden poner de manifiesto las insuficiencias de las categorías conceptuales que empleamos los juristas. Por ejemplo, la distinción acto-norma, cuya delimitación desde el punto de vista conceptual es clara, se vuelve problemática cuando se encarga a los estudiantes que analicen distintos supuestos reales que se sitúan en una zona fronteriza como puede ser la convocatoria de una oposición.

Los casos prácticos permiten que los estudiantes se hagan realmente conscientes de los amplios márgenes de interpretación que posibilita el ordenamiento jurídico. Partiendo de una situación de hecho concreta, hacen que los estudiantes tengan en cuenta los efectos reales que despliegan las normas jurídicas y que las distintas interpretaciones que se plantean tienen distintos efectos en el mundo real. Por último, los casos prácticos también sirven para preguntarse si detrás de las interpretaciones jurídicas se encuentran las opiniones políticas y morales de los intérpretes.

Este potencial crítico no tiene por qué estar presente en todos los casos que se propongan en una asignatura. Probablemente tampoco sea recomendable que se incluya en todos ellos, sino que exista variedad en los problemas que los casos plantean y que algunos sean más lineales y menos abiertos a la interpretación. Mi experiencia es que algunos estudiantes sí se han interesado por esta dimensión crítica a través de los casos

²² PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», ob. cit., pág. 219.

²³ Esta competencia está muy relacionada con la idea de que los estudiantes deben «aprender a moverse por el ordenamiento» jurídico, señalada por MARTÍN REBOLLO, L. (2007), «Sobre la enseñanza del derecho administrativo...», ob. cit., pág. 216.

prácticos. Recuerdo que hace años un estudiante vino un día a hablar conmigo y me contó que gracias al caso práctico sobre propiedad (véase el cuadro de texto 1) se había dado cuenta de que no sólo era posible una interpretación liberal, o conservadora, del derecho de propiedad privada regulado en el artículo 33 de la Constitución, sino que también era posible sostener una visión más social y progresista de este derecho.

Cuadro de texto 1. Caso práctico sobre propiedad

Pere O. es propietario de tres viviendas en el municipio de Barcelona. Una de ellas está destinada a su residencia habitual, otra la tiene alquilada y la última se encuentra vacía. La vivienda vacía se encuentra situada en el barrio del Eixample.

En el primer trimestre de 2008, el Ayuntamiento de Barcelona realiza un estudio para determinar en qué barrios del municipio se produce una mayor demanda y necesidad de vivienda. En el estudio se señala que una de las zonas de la ciudad sometidas a mayor demanda de vivienda es el barrio del Eixample. El 20 de abril de 2008, el Ayuntamiento de Barcelona declara este barrio como un ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada, a efectos de poder declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de vivienda con base en la Ley 18/2007, de 28 diciembre, del derecho a la Vivienda de Cataluña.

Tras constatar que la vivienda de Pere O. se encuentra vacía, el Ayuntamiento de Barcelona inicia el expediente administrativo para declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad de dicha vivienda. El procedimiento concluye por Resolución de 15 de septiembre de 2008, en la que se declara el incumplimiento de la función social. En la Resolución se señalaba que una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si se mantenía la vivienda desocupada por causa imputable al propietario, la Administración podría expropiar temporalmente el usufructo de la vivienda, por un período no superior a cinco años, para alquilarla a terceros.

Pere O. interpone un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 15 de septiembre. Considera que el acuerdo del Ayuntamiento vulnera el contenido del derecho de propiedad privada. Además, señala que en el barrio del Eixample existen muchas viviendas desocupadas y el Ayuntamiento no ha declarado que incumplen la función social de la propiedad.

Resuelva los problemas jurídicos que plantea este caso práctico. Plantéese que ocurriría si pasados dos años el Ayuntamiento alquila la vivienda a terceros.

Ley 18/2007, de 28 diciembre, del derecho a la Vivienda de Cataluña

Artículo 5. Cumplimiento de la función social

1. El ejercicio del derecho de propiedad debe cumplir su función social.
2. Existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas en el supuesto de que:
 - a) Los propietarios incumplan el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que ello suponga un riesgo para la seguridad de las personas y se les haya

garantizado, si demuestran su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda.

b) La vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de forma permanente e injustificada, en las condiciones establecidas por el artículo 42.6.

c) La vivienda esté sobreocupada.

d) No se destine, si es una vivienda de protección oficial, a residencia habitual y permanente de los propietarios.

3. Para garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas, las administraciones competentes en materia de vivienda deben arbitrar las vías positivas de fomento y concertación a las que se refiere el título III, y pueden establecer también otras medidas, incluidas las de carácter fiscal, que propicien el cumplimiento de dicha función social y penalicen su incumplimiento.

4. El departamento competente en materia de vivienda y las administraciones locales deben actuar coordinadamente en la delimitación y declaración de los ámbitos o las situaciones aisladas en que se produzca incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda, y en la determinación y ejecución de las medidas legalmente establecidas que sea preciso adoptar.

Artículo 42. Actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas

1. La Generalidad, en coordinación con las administraciones locales, debe impulsar políticas de fomento para potenciar la incorporación al mercado, preferentemente en alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas. A tal fin, debe velar para evitar situaciones de desocupación permanente de viviendas y debe aprobar los correspondientes programas de inspección.

2. Deben darse garantías a los propietarios de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos.

3. Deben impulsarse políticas de fomento de la rehabilitación de las viviendas que estén en mal estado para ser alquiladas, mediante subvenciones directas a los propietarios, oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana.

4. Las viviendas vacías o permanentemente desocupadas pueden cederse a la Administración pública para que las gestione en régimen de alquiler. En contrapartida, debe suscribirse un pacto relativo al cobro y demás condiciones de la cesión, dentro de programas específicamente destinados a dicha finalidad en los planes de vivienda.

5. La Administración puede adoptar medidas distintas de las establecidas por los apartados del 1 al 4, entre las cuales las de carácter fiscal, con los mismos objetivos de incentivar la ocupación de las viviendas y penalizar su desocupación injustificada.

6. Una vez se hayan puesto a disposición de los propietarios todas las medidas de fomento que establecen los apartados anteriores, en los ámbitos declarados como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de la vivienda. La declaración del incumplimiento debe realizarse mediante un expediente contradictorio, de acuerdo con lo establecido por la normativa de procedimiento administrativo, en el cual deben detallarse las vías de fomento específicas que se hayan puesto a disposición de la propiedad para facilitarle el alquiler de la vivienda. En el acuerdo de declaración debe advertirse asimismo que, una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si no se ha corregido la situación de desocupación, por causa imputable a la propiedad, la Administración puede expropiar

temporalmente el usufructo de la vivienda, por un período no superior a cinco años, para alquilarla a terceros.

7. El procedimiento de expropiación temporal del usufructo a que se refiere el apartado 6 debe ajustarse a lo establecido por la legislación urbanística y por la legislación de expropiación forzosa. En la determinación del precio justo de la expropiación deben deducirse los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda. La resolución que ponga fin al procedimiento debe determinar la forma en que los propietarios pueden recuperar el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de expropiación temporal.

La situación planteada en este caso práctico es, de forma deliberada, muy abierta. La redacción de este tipo de casos debe plantear una situación concreta cuya resolución esté abierta a distintas interpretaciones. El problema principal de este caso consiste en la interpretación del contenido del derecho de propiedad privada, incluyendo su función social, así como las posibilidades que tiene el legislador de establecer condiciones al ejercicio de dicho derecho. No hay una única solución posible para este caso. De esta forma, también se puede debatir con los estudiantes sobre porqué se da prioridad a una de las interpretaciones posibles, con base en qué criterios.

Al debatir la solución del caso práctico en clase, es muy probable que los estudiantes planteen distintas interpretaciones del contenido del derecho de propiedad privada (mi experiencia es que, de hecho, así ocurre). Desde mi punto de vista, el papel del docente no debe ser determinar cuál es la interpretación correcta que permite solucionar el caso. Más bien, debe argumentar en apoyo de todas las interpretaciones que resulten plausibles, siempre que respeten las reglas de interpretación jurídica. Con el objetivo de que los estudiantes, al constatar la diversidad de opiniones jurídicas válidas, se planteen porqué se prefiere una interpretación frente a otras. De esta forma se pone de manifiesto la indeterminación del derecho y también los estudiantes pueden llegar a plantearse si la interpretación jurídica incluye valoraciones político-morales.

3.2. Foro de discusión sobre aprendizaje jurídico crítico en *moodle*

Con la finalidad de abrir un espacio para debatir cuestiones relacionadas con el análisis crítico del derecho, abrí un foro de discusión en *moodle*. Los temas del foro no tenían porqué tratar necesariamente del temario de la asignatura, sino que estaba abierto a cualquier cuestión que fuera del interés de los estudiantes. De esta forma, el foro puede utilizarse para poner en práctica cualquiera de los cinco ámbitos de la propuesta de enseñanza jurídica crítica.

Por su propia configuración, este tipo de foros permite una reflexión más sosegada y profunda. También facilita la participación de los estudiantes más tímidos. El foro estaba configurado como un foro del tipo «foro para uso general», que permite que los estudiantes abran todos los temas que consideren oportunos, pudiendo participar en todos los temas que se hayan creado cuantas veces quieran. Es el tipo de foro que menos restricciones tiene y, por ello, me parecía el más adecuado para este tipo de debates.

La participación en este foro por parte de los estudiantes era voluntaria. Aunque se tendría en cuenta como parte de la evaluación de los seminarios que corresponde a la participación de los estudiantes.

En cuanto al funcionamiento real del foro, sólo se ha abierto un tema a lo largo del curso. Yo mismo lo abrí, aprovechando una de las respuestas de los estudiantes a un cuestionario anónimo que les realicé el primer día de clase. Uno de los estudiantes contestó a la pregunta 8 «¿Crees que tu formación como jurista debería incluir cuestiones sobre valoración política y/o moral del derecho?» de la siguiente forma «No, el derecho administrativo para mí es algo más objetivo que subjetivo y por lo tanto no debería incluir juicios de valor».

En la discusión participaron seis estudiantes, lo que supone aproximadamente el treinta por ciento de las personas que asistieron a clase y realizaron las pruebas evaluables de los seminarios. Se escribieron diez mensajes en total: cinco estudiantes escribieron un mensaje, una estudiante dos, y yo escribí tres (el inicial, uno en medio para fomentar el debate y un mensaje final en el que mostraba mi opinión abiertamente²⁴).

Mi valoración personal sobre esta actividad es muy positiva, tanto por el grado de participación de los estudiantes como por la calidad de las intervenciones realizadas. Creo que también ha resultado interesante a los estudiantes que han participado en ella. En este sentido, se ha mostrado como un acierto plantear el tema de debate a partir de una respuesta suya, en vez de formular la misma cuestión desde una perspectiva más teórica. Esto seguramente ha favorecido el interés de los estudiantes que lo han visto como algo más cercano. Otro de los elementos que han contribuido a que el foro funcione bien es que yo haya asumido un papel dinamizador, planteando el tema inicial y escribiendo un mensaje intermedio. Tampoco me parece que el foro haya supuesto una sobrecarga de trabajo a los estudiantes. Una selección de las intervenciones realizadas en el foro se recoge en el cuadro de texto 2²⁵.

Para favorecer la participación en este tipo de foros, considero imprescindible establecer que no se evaluará la corrección de las opiniones formuladas, sino la participación activa de los estudiantes. Esta es una cuestión que debe dejarse clara desde el principio. El objetivo final es el de crear un «espacio libre de riesgos» para los estudiantes, de manera que no se inhiba su participación. Para ello es necesario mantener en el foro un ambiente de cordialidad que sea el reflejo del mismo ambiente de cordialidad que está presente en las clases presenciales.

En el mismo sentido, en el funcionamiento del foro debe mantenerse un respeto hacia todas las opiniones que se formulen. Tampoco debe ser uno de los objetivos del foro llegar a unas determinadas conclusiones. Lo más importante es favorecer el debate, de manera que quienes participen lleguen a sus propias conclusiones. A mi juicio, el papel del profesor debe limitarse a aportar elementos para el debate o señalar la importancia de alguna de las cuestiones tratadas. En ningún caso debería discutir directamente con

²⁴ Escribí el último mensaje una semana después de haber hecho públicas las calificaciones de los seminarios. Sólo quería que conocieran mi opinión, por si les resultaba interesante para continuar la reflexión sobre el tema.

²⁵ El texto del debate se recoge tal cual, sin modificar ninguna de las respuestas y sin corregirlas gramaticalmente.

los estudiantes, ya que esta práctica podría reducir la participación de los estudiantes al sentirse públicamente cuestionados.

Por último, considero que una buena regla para el funcionamiento del foro es plantear temas que les resulten interesantes a los estudiantes. Según mi experiencia, si se plantean cuestiones interesantes, los estudiantes responden y se implican activamente en el debate.

Cuadro de texto 2. Foro de discusión sobre aprendizaje jurídico crítico. Debate sobre el tema «Derecho administrativo y juicios de valor» (selección de intervenciones)

[Primer mensaje] Eduardo Melero Alonso - martes, 25 de septiembre de 2012, 12:11. En una de las respuestas de la encuesta que os hice el primer día a la pregunta 8 [¿Crees que tu formación como jurista debería incluir cuestiones sobre valoración política y/o moral del derecho?], alguien contestó: "No, el derecho administrativo para mí es algo más objetivo que subjetivo y por lo tanto no debería incluir juicios de valor".

Tomando como excusa esa respuesta os propongo:

1. Debatir sobre si estáis de acuerdo o no con esa afirmación.
2. Señalar ejemplos de juicios de valor en el derecho administrativo: ¿seremos capaces de descubrirlos?

[Segundo mensaje] Antonio A. L. - miércoles, 26 de septiembre de 2012, 22:21.

Yo no estoy de acuerdo con la afirmación porque pienso que el derecho, en tanto es una creación humana, siempre va a contener aspectos subjetivos de carácter moral o político. Un derecho que no estuviera inspirado en juicios de ese tipo y que pretendiera estar basado en la objetividad plena sería algo similar al antiguo "Derecho natural".

Además, los juicios de valor sirven tanto para conocer la norma de una manera más completa (por ejemplo: conociendo la finalidad de la norma, es decir, los principios en los que se basa, podemos saber como aplicarla en casos dudosos o difíciles o en casos en los que se deja cierto margen de libertad al que la aplica) como para criticarla por no ser acorde a los valores político-morales vigentes en la sociedad que regula.

En conclusion, creo que el derecho administrativo intenta "objetivizar" la actuación de la administración, pero precisamente es así (a diferencia de otras épocas) porque está inspirado en los valores político-morales recogidos en la Constitución.

[Sexto mensaje] Angel S. R. - martes, 11 de diciembre de 2012, 20:55.

Como Antonio pienso que el derecho se crea a partir de criterios morales y políticos adaptándose a las creencias morales y preferencias políticas de la sociedad en cada momento. Muchas veces el derecho evoluciona porque las convicciones morales y políticas imperantes en la sociedad cambian y el derecho debe adaptarse. Sin embargo una cosa es crear derecho y otra muy distinta aplicarlo. En este sentido si creo que los jueces en aplicación de la ley deben desprenderse de cualquier tipo de apreciación o convicción de carácter subjetivo. Sólo cuando la norma entre en clara contradicción con la ética y la moral del conjunto de la sociedad o viole derechos humanos elementales los jueces deben interpretar la norma de acuerdo con los criterios subjetivos preponderantes en la sociedad o la la luz de meros criterios de humanidad debiendo incluso en los casos más extremos no aplicar la norma.

[**Noveno mensaje**] **Octavio V. S.** - jueves, 20 de diciembre de 2012, 21:44.

Entrando tarde al debate, me gustaría decir en cuanto a la afirmación que se plantea en primer lugar que no estoy de acuerdo, pues como bien apuntaron Antonio y Marta, el juez tiene el cometido de interpretar las normas jurídicas introduciendo juicios de valor, precisamente para buscar y encontrar en la medida de lo posible el espíritu de la norma. Siendo el juicio de valor algo clave para conseguir el buen derecho.

En relación al tema planteado por el profesor Melero, poco queda añadir aparte de lo apuntado por Sandra y Adrián, pues muchas veces lo deseable o lo ideal no es posible trasladarlo enteramente a la realidad.

Lo que expresan los magistrados, como teoría parece que no plantea dudas de que sería lo más correcto a la hora de aplicar derecho y culminaría la exigencia de la tan ansiada objetividad y neutralidad en la aplicación material del derecho. Y como bien señala Sandra esto en muchas ocasiones es imposible.

Existiendo en la disciplina números conceptos indeterminados, así como conceptos que requieren una ponderación de la circunstancia particular que requieren la introducción de juicios y apreciaciones por parte del Juez para (y esto se relaciona con lo anterior) aplicar el buen derecho.

También añadir que comparto parcialmente la conclusión a la que llega Marta, pero creo que es casi imposible evitar que existan los juicios de valor en una disciplina del Derecho por su naturaleza cambiante y estos son necesarios para asegurar una correcta aplicación de la Ley, aunque las circunstancias históricas y los valores morales cambien.

—

3.3. Debate con roles sobre la privatización de Canal de Isabel II

El objetivo de esta actividad es abrir un espacio de debate sobre la valoración político-moral de las normas jurídicas y sobre los conflictos de intereses que se pueden producir en el ámbito jurídico, en relación con uno de los temas incluidos en el programa de la asignatura: las formas de gestión de los servicios públicos. La introducción de los roles garantiza que van a estar representados todos los puntos de vista y los diferentes intereses materiales en juego. De esta forma se va a producir un análisis más completo y complejo de los problemas jurídicos. Además puede resultar interesante a los estudiantes defender argumentos con los que no tienen por qué estar de acuerdo. La evaluación de la participación de los estudiantes en esta actividad formaría parte de la nota de los seminarios, dentro del apartado de participación de los estudiantes en clase.

Para favorecer el interés y la participación de los estudiantes pensé en utilizar un tema de actualidad y polémico, la privatización del Canal de Isabel II. De hecho, desde que les conté a los estudiantes en la clase de presentación mi intención de llevar a cabo esta actividad, manifestaron su interés. A mediados de curso, les planteé a los estudiantes la posibilidad de dedicar una sesión de seminario a esta actividad o a realizar un caso práctico y por asentimiento todos los estudiantes estuvieron de acuerdo en debatir sobre la privatización del Canal de Isabel II.

He podido realizar esta actividad porque la guía docente de la asignatura está redactada de forma suficientemente abierta para permitir cierto margen de libertad a los profesores. Porque así lo hemos decidido en el Área de Derecho administrativo de la UAM, partiendo de la idea de que las guías docentes deben entenderse como un instrumento de dirección más que como un marco cerrado e inmodificable. Una

concepción demasiado rígida de las guías docentes me hubiera impedido realizar esta actividad.

En cuanto al desarrollo de la actividad, los estudiantes tuvieron que analizar los materiales de forma individual y previamente a la sesión del seminario, entregando a través de *moodle* la contestación a varias preguntas (véase el cuadro de texto 3). Al comienzo de la clase, los estudiantes se agruparon en función del rol que tenían asignado la semana anterior. Durante quince minutos, cada grupo puso en común sus puntos de vista sobre las distintas cuestiones que iban a ser objeto de debate. La discusión comenzó con la intervención de cada uno de los grupos, que se posicionó sobre el tema concreto que se iba a tratar. Hubo además un turno de réplica y otro de contrarréplica antes de pasar a la siguiente cuestión.

El debate fue bastante interesante, a veces incluso divertido, aunque también hubo momentos en que languidecía. Ello puede deberse, en parte, a que el orden del día del debate no estaba lo suficientemente detallado. Un aspecto positivo, y que me sorprendió, fue el hecho de que los estudiantes habían buscado información adicional, que iba más allá del material que les había entregado para la actividad. Lo que pone de manifiesto la importancia de la elección del tema para favorecer la motivación de los estudiantes. En el debate se ha dado prioridad a los aspectos políticos de la privatización, sin incidir demasiado en las cuestiones jurídicas. Será conveniente introducir expresamente problemas jurídicos en el guión del debate para la próxima vez. En concreto el problema de las formas de gestión de los servicios públicos: gestión directa frente a gestión indirecta. Ha habido una participación generalizada de los estudiantes, bastante mayor que la que se produce en la resolución de los casos prácticos. Mi valoración de esta actividad es muy positiva, aunque tendré que corregir en la próxima ocasión alguna de las deficiencias que he señalado. También incluiré información adicional en el texto de la actividad, algo que me sugirió un estudiante en el formulario de incidencias críticas que les realicé al final de la actividad. El debate alcanzó un nivel bastante profundo y, como ya he señalado, hubo una participación prácticamente mayoritaria por parte de los estudiantes.

La valoración de los estudiantes es también muy positiva. Al concluir la actividad les pedí que rellenaran en un par de minutos un «formulario de incidencias críticas», en el que tenía que señalar brevemente lo mejor y lo peor del seminario. Contestaron un total de diecisiete estudiantes; tres o cuatro de los participantes no lo hicieron. De esos diecisiete, una contestación se refirió en general a todos los seminarios, valorando esta actividad como la mejor. Catorce estudiantes consideraron interesante o muy interesante la actividad; de los cuales ocho valoraron especialmente que se tratara de un tema de actualidad. También en siete contestaciones valoraron positivamente el hecho de haber asumido un rol, incluso aunque no compartieran el que les había tocado. Las valoraciones negativas fueron bastante minoritarias; la mayoría de estudiantes no señalaron ningún aspecto negativo. Dos estudiantes consideraron que la actividad tenía poca base de derecho administrativo, ya que la actividad se trataba de una valoración política. En un caso se señaló que sería mejor dedicar los seminarios a resolver casos prácticos que a realizar actividades de este tipo. Otra encuesta señaló que veía poca relación entre las magistrales y esta actividad.

Cuadro de texto 3. Actividad sobre la privatización de Canal de Isabel II

1. Introducción

El abastecimiento, el saneamiento y la reutilización del agua en la Comunidad de Madrid son servicios públicos, cuya regulación se establece en la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, Reguladora del Abastecimiento y Saneamiento de Agua en la Comunidad de Madrid.

La Ley 3/2008, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid permitió que el Canal de Isabel II creara una sociedad anónima que se encargase del abastecimiento de agua en la Comunidad. La Ley 3/2008 permitía la enajenación de hasta el 49 por 100 del capital de la nueva sociedad.

Esta nueva sociedad, denominada «Canal de Isabel II Gestión, Sociedad Anónima» fue constituida en junio de 2012. En la actualidad su capital es totalmente público y se reparte entre el Canal de Isabel II (en última instancia la Comunidad de Madrid) que posee el 80%, el Ayuntamiento de Madrid a quien le corresponde el 10%, y un 10% restante se reparte entre los municipios de la Comunidad de Madrid que se han adherido al nuevo sistema de gestión. La venta a inversores privados del 49% del capital de Canal Gestión no se ha llevado a cabo todavía ya que en las condiciones actuales del mercado no se obtendría el precio esperado; pero sí parece haber intención política de realizarla.

2. Desarrollo de la actividad

2.1. Materiales de trabajo (disponibles en *moodle*)

- Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (artículo 16).
- Convenio entre la Comunidad de Madrid, el Canal de Isabel II y el Ayuntamiento de Madrid, relativo a la incorporación del Ayuntamiento de Madrid al futuro Modelo de Gestión del Canal de Isabel II, de 4 de mayo de 2012.
- Acuerdo de 14 de junio de 2012, del Consejo de Gobierno de la CAM, por el que se autoriza la constitución de la sociedad anónima “Canal de Isabel II Gestión, Sociedad Anónima”.
- Estatutos de “Canal de Isabel II Gestión, S. A.” (artículos 1 a 6).

2.2. Roles que tienen que asumir los estudiantes

Los estudiantes deben escoger uno de los cuatro roles siguientes: Gobierno de la Comunidad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid, Grupo de inversores, y Plataforma contra la privatización del Canal de Isabel II.

Gobierno de la Comunidad de Madrid

Como impulsor de la medida, los estudiantes que representen al Gobierno de la CAM deben utilizar argumentos que justifiquen su adopción y los beneficios que se van a obtener.

Ayuntamiento de Madrid

El Ayuntamiento de Madrid se ha incorporado al nuevo modelo de gestión del Canal de Isabel II, recibiendo a cambio el 10% de las acciones de Canal de Isabel II Gestión, S.A. Los estudiantes tendrán que analizar las razones por las que consideran que el Ayuntamiento de Madrid se ha incorporado.

Grupo de inversores

Los estudiantes deberán plantearse si consideran que es una buena inversión adquirir acciones de Canal de Isabel II Gestión S. A. En caso de que realizaran la compra de acciones han de analizar si intentarían intervenir en el funcionamiento de la empresa o si se limitarían a recibir beneficios.

Plataforma contra la privatización del Canal de Isabel II

Los estudiantes tendrán que buscar argumentos para oponerse a la privatización del Canal de Isabel II. Entre otras cuestiones, podrán plantearse si va a afectar a la prestación del servicio o al precio del recibo del agua.

2.3. Trabajo individual

Previamente a la sesión del seminario y tras haber leído los materiales de trabajo, los estudiantes deben contestar individualmente y por escrito varias preguntas, teniendo en cuenta el rol que han escogido. Las respuestas tienen que enviarse a través de la plataforma *moodle* antes de la realización del seminario.

Las preguntas que deben contestar son las siguientes:

1. En su opinión, ¿es conforme a derecho la creación de la empresa Canal de Isabel II Gestión S. A. y la posibilidad de que se enajene el 49% de su capital?
2. ¿Qué beneficios aportará la enajenación de ese porcentaje de capital de Canal de Isabel II Gestión en caso de que llegue a realizarse?
3. ¿Qué efectos tendrá dicha enajenación sobre la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid?

2.4. Desarrollo del seminario: debate en grupo

Durante los primeros veinte minutos de clase, los estudiantes agrupados por roles pondrán en común su análisis de los materiales de trabajo y de las respuestas a las preguntas que han realizado individualmente.

El debate comenzará con una breve intervención de los cuatro grupos representados: el Gobierno de la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid, un grupo de inversores y la Plataforma contra la privatización del CYII, por este orden. El Gobierno de la Comunidad de Madrid señalará las razones por las que han decidido llevar a cabo el proceso de capitalización de Canal de Isabel II. Los demás grupos realizarán un primer posicionamiento.

Continuará el debate analizándose las siguientes cuestiones:

1. Beneficios que se pretenden obtener a través de la capitalización de parte de las acciones de Canal de Isabel II Gestión.
2. En qué medida la capitalización va a afectar a la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid. Entre otras cuestiones se debatirá si creen que va a afectar a las tarifas del agua.
3. Compatibilidad entre la gestión de un servicio público y la búsqueda del beneficio privado.

4. Páginas web de interés

- Canal de Isabel II Gestión S. A.: www.gestioncanal.es

- Plataforma contra la privatización del Canal de Isabel II: <http://plataformacontralaprivatizaciondelcyii.org>

En mi opinión, el debate con roles es una técnica especialmente adecuada para hacer explícitos los intereses materiales concretos a los que sirven las normas, así como los conflictos de intereses a que pueden dar lugar. La delimitación de los diferentes roles permite que se pongan de manifiesto en toda su complejidad las distintas posiciones sociales frente a una determinada normativa.

También se puede poner en evidencia el enorme grado de flexibilidad que caracteriza al ordenamiento jurídico, y cómo esa flexibilidad es utilizada por diferentes grupos sociales. Esta técnica incluso permite llevar a cabo análisis de alternativas a la regulación legal o sobre la valoración político moral de las normas jurídicas. Todo ello dependerá, además del tipo de roles que se definan, de las cuestiones concretas que se planteen a los estudiantes en el cuestionario previo y en el desarrollo del debate.

4. Conclusiones

La enseñanza crítica del derecho puede aportar a los estudiantes una formación más integral, ya que no sólo se dirige a ofrecer unos conocimientos jurídicos especializados, sino que también tiene en cuenta el papel de los estudiantes como ciudadanos activos.

Toda propuesta de enseñanza jurídica crítica tiene que partir del establecimiento de unos objetivos generales y, además, concretarse en actividades que permitan poner en

práctica esos objetivos generales. Esta orientación crítica, que ha sido muy minoritaria en los estudios jurídicos, corre el riesgo de verse imposibilitada con los nuevos estudios de grado. La reducción de las asignaturas que se ha producido en los nuevos planes de grado puede dar lugar a que los seminarios se empleen para exponer contenidos del temario. Es posible también que no se consideren importantes los objetivos que se plantea un modelo de enseñanza jurídica crítica.

En la propuesta formulada en este trabajo se plantean como objetivos generales de una enseñanza jurídica crítica: destacar la enorme flexibilidad del derecho, poner de manifiesto los fundamentos ideológicos de las normas y de las interpretaciones jurídicas, analizar los efectos del derecho en la sociedad, incluir la valoración político-moral de las normas en la enseñanza, así como el planteamiento de alternativas a la regulación legal y a las interpretaciones jurídicas dominantes.

Para poner en práctica todas estas cuestiones se requiere cierta variedad en las actividades que deban realizar los estudiantes. En este trabajo se señalan tres tipos de tareas: los casos prácticos, los debates en los foros que permite *moodle* y la realización en clase de debates con roles. Son actividades que, en mi opinión, resultan muy enriquecedoras para los estudiantes. Desde este punto de vista, considero que no es necesario mantener una comprensión crítica del derecho para utilizar estas técnicas en clase. Cualquier docente puede servirse de ellas.

5. Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada.
- BOURDIEU, P. (2003): «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», *Jueces para la democracia*, nº 47, 2003, págs. 3 a 5.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2012): «El impacto de la crisis económica sobre el método jurídico (administrativo)», comunicación presentada en el XIX Congreso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo (octubre 2012).
- ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (2007): «Ciencia Política», en TORRES DE CERQUEIRA, D. y FRAGALE FILHO, R.: *O ensino jurídico em debate. O papel das disciplinas propedéuticas na formação jurídica*, Campinas, Millennium Editora, págs. 219 a 237.
- LORENZO MERINO, F. (coordinador, 2005): *Libro Blanco del Título de Grado en Derecho*.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2007): «Sobre la enseñanza del derecho administrativo tras la declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, págs. 195 a 239.
- MEDINA PLANA, R. (2010): «El pensamiento crítico: una competencia transversal en los estudios de Derecho», *e-Legal History Review*, núm. 10, págs. 1 a 28.
- MELERO ALONSO, E. (2003): «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, págs. 235 a 263.
- MELERO ALONSO, E. (2006): «Apuntes para un aprendizaje jurídico crítico», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, págs. 307 a 315.

- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2002): «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», en LAPORTA, Francisco J. (editor): *La enseñanza del derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (2002)*, Madrid, UAM-BOE, págs. 197 a 268.
- SOUSA SANTOS, B. de (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Descleeé de Brouwer.

LA UTILIDAD DE LOS COMPLEMENTOS FORMATIVOS INTRODUCTORIOS EN LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO: ANÁLISIS DE UNA BUENA PRÁCTICA DOCENTE

ELISABET CERRATO GURI
Profesora Lectora de Derecho Procesal
elisabet.cerrato@urv.cat

ANA GIMÉNEZ COSTA
Profesora Colaboradora Permanente de Derecho Civil
ana.gimenez@urv.cat

Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)

Resumen: Con la finalidad de que todos los alumnos del Máster Universitario de Derecho de la Empresa y de la Contratación puedan seguirlo con éxito, se ha diseñado una asignatura introductoria destinada a cubrir los déficits de formación que puedan presentar los estudiantes que no tengan formación jurídica o aquellos que teniéndola, precisen de una aproximación al Derecho español. Esta innovación docente ha mejorado los resultados obtenidos por estos estudiantes, evitando incluso posibles abandonos.

Abstract: In order for the students to follow successfully the courses of the Master Degree of Business Law and Contracts, an introductory course was designed. It is aimed at covering the knowledge gaps that some students may present, which are basically a lack of legal training or a lack of knowledge of the Spanish Law. This methodological innovation has improved the results obtained by these students, and has even avoiding potential dropouts.

Palabras clave: Estudios de Postgrado – Internacionalización - Competencias Introductorias - Derecho y economía (K0) - Derecho y legislación nacional (5605)

Keywords: Postgraduate education – Internationalization – Pre-training competences – Business Law (K0) – National and private Law (50605)

Sumario: 1. Justificación de los complementos formativos en los estudios de postgrado: especial atención al Master Universitario de Derecho de la Empresa y de la Contratación. 1.1. Introducción. 1.2. Adecuación del MUDEC al EEES: recomendaciones de la ANECA. 2. La asignatura “introducción al derecho y al sistema jurídico español”. 2.1. Planificación y temporalización. 2.2. Contenido y evaluación. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía 5. Webgrafía.

1. Justificación de los complementos formativos en los estudios de postgrado: especial atención al master universitario de derecho de la empresa y de la contratación

1.1. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto compartir una experiencia docente desarrollada en el marco del Master Universitario de Derecho de la Empresa y de la Contratación (en adelante, MUDEC), por los buenos resultados obtenidos en el proceso de captación y posterior especialización de alumnos. Se trata de la incorporación de unos complementos formativos, previos a la realización de las asignaturas propias del MUDEC, que permiten a los alumnos extranjeros o sin formación jurídica española seguir los contenidos del master en igualdad de condiciones que el resto de compañeros que acceden al master con formación jurídica cursada en España¹.

El MUDEC es un master universitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas (FCJ), de la *Universitat Rovira i Virgili*, de carácter interdisciplinar que tiene por finalidad la especialización en los distintos ámbitos de la empresa. Esta realidad conlleva que el alumnado interesado en cursarlo no sea exclusivamente del ámbito jurídico (Licenciatura/Grado en Derecho y Diplomatura/Grado en Relaciones Laborales y Ocupación), sino que también provenga de otras disciplinas de las ciencias sociales como, por ejemplo, de la economía o de la organización de empresas, entre otras².

A lo que hemos de añadir que para dar respuesta al ineludible objetivo de internacionalizar los estudios de postgrado, el MUDEC se ofrece también a estudiantes extranjeros, lo que ha obtenido una buena respuesta, especialmente, entre los estudiantes de los países sudamericanos³.

¹ Siguiendo a LECLERCQ, D. (1998): “*Pour une pédagogie universitaire de qualité*”, Editorial Mardaga, Bélgica, “de esta manera se seguiría la tendencia del desarrollo de la ciencia, primero los conceptos simples y poco a poco los restantes conceptos más desarrollados. Esto además acompaña muchas teorías epistemológicas y de la psicología cognitiva, según las cuales para poder madurar los conceptos hay que *reconstruir* su desarrollo en la mente de los alumnos, lo cual se puede realizar solamente si se sigue el desarrollo histórico y la etiología de esos conceptos”.

² Según la Normativa de acceso y admisión a master, aprobada por la Comisión de Ordenación Académica y Científica, delegada del Consejo de Gobierno de la *Universitat Rovira i Virgili*, en la reunión del día 27 de junio de 2012, pueden acceder al MUDEC: “Titulados universitarios oficiales de Grado o Licenciados en Derecho, Ciencias del Trabajo, Administración y Dirección de Empresas, Economía y en ámbitos afines; Titulados universitarios oficiales de Grado o Diplomados en Ciencias Empresariales, Relaciones Laborales y Ocupación y en ámbitos afines; Titulados oficiales con título expedido por una institución de enseñanza superior del EEES, que faculta en el país expedidor para el acceso a master; Estudiantes con un título extranjero del sistema educativo ajeno al EEES, no homologado, previa comprobación por parte de la universidad de que el nivel de formación sea equivalente a los correspondientes títulos universitarios oficiales españoles; que faculte en el país expedidor del título para el acceso a estudios de posgrado”. *Universitat Rovira i Virgili* (2012): Normativa de acceso y admisión a master. Disponible en www.urv.cat/media/upload//arxiu/gestio_academica/normatives_master/dret_empresa_contractacio_rd1_393.pdf. Consultado en 24/02/2014 a las 17:21.

³ ESTEBARANZ, A; BALLESTEROS, M.A. (2012): “Internacionalización de la universidad: abrir ventanas al conocimiento y al mundo profesional”. En *revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria (RED-U)*, *Monográfico Buenas prácticas docentes en la enseñanza universitaria*, Vol. 10 N. 1, enero-abril 2012.

Todo ello explica la presencia de un alumnado muy heterogéneo⁴ en las primeras ediciones del MUDEC (cursos 2006-2007 a 2011-2012). Este es un dato a valorar muy positivamente, pues supone un claro enriquecimiento del contenido y desarrollo de las sesiones, pero pone de manifiesto un importante problema: el alumnado no parte de la misma formación previa. Ello se traduce en un distinto y, en demasiadas ocasiones, difícil seguimiento de las materias propias del master por parte de los alumnos extranjeros y de aquellos otros sin formación jurídica. En consecuencia, se observa que existen diferentes niveles entre los alumnos, lo que interfiere en el desarrollo de la docencia del MUDEC.

La implementación de los complementos formativos en el MUDEC, tras dos años desde su puesta en funcionamiento, ha sido muy positiva. Muestra de ello son por los buenos resultados conseguidos y la valoración favorable de los estudiantes que los han cursado. Por todo ello, y porque creemos que esta experiencia es fácilmente trasladable a otros estudios de postgrado que lo precisen por encontrarse en situaciones similares, compartimos esta buena práctica docente.

1.2. Adecuación del MUDEC al EEES: recomendaciones de ANECA

Aún conscientes de esta realidad, el impulso definitivo para abordar la problemática indicada llegó con la necesidad de adaptar el master a los postulados de Bolonia, que se llevó a cabo desde la coordinación del master, con el respaldo del equipo decanal de la FCJ. Para ello, fue necesario que el MUDEC se sometiera a la correspondiente verificación de ANECA a través de la presentación de la “Memoria para la solicitud de verificación de títulos oficiales de master, de conformidad con el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se regula la ordenación de las enseñanzas oficiales y el Real Decreto 861/2010, de 2 de julio, que modifica el anterior”⁵.

Fue precisamente en este proceso de verificación cuando ANECA nos planteó, entre otros aspectos de mejora, la incorporación de unos complementos formativos en aras a cubrir los déficits de formación de algunos estudiantes a causa de sus titulaciones de acceso al master. De este modo, se evidenció la necesidad de esta formación complementaria, motivo por el cual empezamos a trabajar en su diseño para su implementación en futuras ediciones⁶.

En un primer momento, y así lo avaló ANECA, se consideró que cursarían los complementos formativos los estudiantes cuya titulación de acceso al MUDEC fuese

⁴ DE MIGUEL, M. (Dir.) (2005): “Modalidades de enseñanza centradas en el desarrollo de competencias orientaciones para promover el cambio metodológico en el espacio europeo de educación superior”. Editorial MEC/Universidad de Oviedo, Madrid.

⁵ Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (2013): Evaluación para la verificación de títulos oficiales de Grado y Máster universitario. Disponible en <http://www.aneca.es/Programas/VERIFICA/Verificacion-de-Grado-y-Master>.

⁶ ÁLVAREZ, V.; GRACIA, E.; GIL, J. Y ROMERO, S. (2004): “La enseñanza universitaria: Planificación y desarrollo de la docencia”. Editorial EOS, Almería.

distinta a la de titulado en Derecho, y aquellos otros que aun siéndolo, se hubiesen formado en un ordenamiento jurídico distinto del español y por ello precisaren de una aproximación a nuestro Derecho interno. En ambos supuestos se entendió que los alumnos necesitaban una introducción específica en el ámbito de las fuentes jurídicas y en los conceptos básicos del derecho de la empresa y de la contratación en España.

Sin embargo, la puesta en funcionamiento de estos complementos el curso 2012-2013 nos hizo reflexionar sobre el ámbito subjetivo de aplicación de dichos complementos. Así, consideramos que, además de los titulados en Derecho, debía excluirse también a los titulados en Relaciones Laborales y Ocupación en España, puesto que durante sus estudios ya habían asumido los contenidos introductorios de los complementos formativos⁷.

2. La asignatura “introducción al derecho y al sistema jurídico español”

En el caso del MUDEC, la materialización de los complementos formativos se ha llevado a cabo a través de la asignatura “Introducción al Derecho y al Sistema Jurídico Español”. Se trata de una asignatura introductoria de 6 créditos ECTS y de carácter complementario que sirve de introducción a los conceptos y legislación básica de cada una de las diferentes materias que conforman el master. Ello significa que el alumno que deba cursar los complementos formativos, tendrá que matricular y realizar estos 6 créditos adicionales, a parte de los 60 créditos que integran el MUDEC⁸.

Como hemos indicado, deben realizar los complementos formativos de forma obligatoria todos aquellos alumnos que no sean licenciados o graduados en Derecho o Relaciones Laborales y Ocupación, o bien esta formación no se haya realizado en nuestro país. Con carácter opcional, también se ofrece la posibilidad de cursarlos a todos aquellos alumnos con formación jurídica que no hayan estudiado en nuestra Universidad (pero si en el marco del ordenamiento jurídico español), o bien crean que deben actualizarse en alguno de los contenidos que se estudian en los complementos. En este último caso, los alumnos pueden hacer el seguimiento de la asignatura pero sólo como meros oyentes, sin estar matricularlos y asistirán sólo aquellas sesiones en cuyos contenidos estén interesados formarse o actualizarse.

Pero, ¿cómo conocen los alumnos si deben o no cursar los complementos formativos? De esta tarea se encarga el equipo de coordinación del master que, una vez finalizada la fase de preinscripción del MUDEC, dispone de la información necesaria para conocer la tipología de alumnos interesados en el master y podrá entonces detectar aquellos que

⁷ MOORE, S.; WALSH, G. Y RÍSQUEZ, A. (2012): “Estrategias eficaces para enseñar en la universidad. Guía para docentes comprometido”. Editorial Narcea, Madrid.

⁸ De acuerdo con el art. 1.3 de la “Normativa académica y de matrícula (master universitario)” aprobada por el Consejo de Gobierno de 30 de abril de 2013, “los planes de estudios conducentes a obtener los títulos de master universitario tienen entre 60 y 120 ECTS” que, tal y como se infiere del art. 2, se distribuyen en materias obligatorias, materias optativas y trabajo de fin de master. Universitat Rovira i Virgili (2013): Normativa académica y de matrícula. [En línea] http://wwwa.urv.cat/la_urv/3_organs_govern/secretaria_general/legislacio/2_propia/auniversitaria/docencia/normat_acad_mat_maste_r_13_14.pdf.

precisan de esta formación adicional. Por lo tanto, es en ese momento inicial, tras la preinscripción y antes de la matrícula, cuando se informa a los alumnos que lo precisen, atendida su formación previa, sobre la obligatoriedad o conveniencia de cursar los complementos formativos⁹.

Además, en el caso de tratarse de alumnos que deban cursar la asignatura de complementos formativos de forma obligatoria, la coordinación del master cuenta con el apoyo de la Secretaría de la Facultad de Ciencias Jurídicas, a la que está adscrito el MUDEC, que realiza una función de control. Conocedora de lo que establece el plan de estudios del master, comprueba en la posterior fase de matrícula, que estos alumnos matriculan la asignatura introductoria indicada.

Por último, debemos destacar que en toda la información y difusión que se hace sobre el MUDEC (posters, trípticos, webs,...) y, de forma especial, en la reunión informativa sobre el funcionamiento y la organización del master (que se realiza para todos los alumnos tras la fase de preinscripción y, con posterioridad, una vez hecha la matrícula), el coordinador de los complementos formativos explica de forma profusa y detallada el funcionamiento y finalidad de los complementos formativos.

2.1. Planificación y temporalización

Para cumplir con su finalidad, esta asignatura introductoria se realiza durante el mes de septiembre, justo antes del inicio de las clases presenciales propias del master en octubre. De esta manera, los alumnos que deben cursarla adquirirán los necesarios contenidos introductorios de los complementos formativos con carácter previo y, así, podrán incorporarse en las mismas condiciones que el resto de compañeros, a las clases de las asignaturas propias del MUDEC.

La asignatura se imparte de manera intensificada y exclusiva durante un mes. En concreto, la docencia de los complementos formativos se lleva a cabo siguiendo un sistema de semipresencialidad, con una doble finalidad. Primero, durante la primera quincena del mes de septiembre, el alumno debe trabajar los materiales que cada uno de los profesores que participan en esta asignatura han puesto a su disposición en la plataforma virtual moodle. A continuación, a partir de la tercera semana de septiembre, y una vez examinados los materiales de trabajo por el alumno, se desarrollan las sesiones magistrales, de forma presencial, de dos horas de duración por especialidad, durante las cuales el alumno puede comentar y resolver las posibles dudas que le hayan surgido sobre los materiales o, en general, sobre los contenidos propuestos, con cada uno de los profesores.

Esta temporalización conlleva, a su vez, dos buenas consecuencias. En la primera fase, posibilita el trabajo de los materiales hasta la llegada de los alumnos extranjeros a

⁹ WISKER, G; EXLEY, K; ANTONIOU, M. Y RIDLEY P. (2012): “Trabajando individualmente con cada estudiante. Tutoría personalizada, coaching, mentoría y supervisión en Educación Superior”. Editorial Narcea, Madrid.

nuestro país (cosa que no siempre se produce de forma rápida y ágil por cuestiones administrativas totalmente ajenas al master y, a veces, también a ellos mismos), A su vez, en segunda fase presencial, facilita el conocimiento de los alumnos, en especial de los extranjeros, que pueden intercambiar impresiones con el resto de compañeros que también cursan esta asignatura, y no solo de sobre los contenidos de la asignatura, sino también sobre cuestiones prácticas, lo que fomenta un buen clima y crea unas interesantes sinergias que luego ayudan a un mejor desarrollo del curso .

Por último, hay que resaltar la importancia del trabajo previo de todo el profesorado que participa en los complementos formativos (en concreto, estamos hablando de ocho profesores que representan las ocho áreas de conocimiento que participan en la docencia del MUDEC) que, en todo caso, se articula bajo la coordinación de un profesor responsable (el coordinador de los complementos formativos) que se encarga de planificar y coordinar el adecuado desarrollo de los complementos¹⁰. Este mismo profesor responsable de los complementos formativos coordinador es quien hace de punto de enlace entre alumnado y profesorado que participa en la docencia de la asignatura.

2.2. Contenido y evaluación

La materia objeto de estudio está dividida en dos partes. Un primer bloque, de carácter instrumental, en el que se enseña, por una parte, el funcionamiento de la plataforma virtual de docencia de nuestra universidad, el moodle, y, por otra, el del Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI) del Campus Catalunya, que pone a disposición de los estudiantes todos los materiales y bibliografía necesaria para el adecuado desarrollo de sus estudios de postgrado.

Y, un segundo bloque, de carácter material, destinado al estudio, desde un punto de vista general, del sistema jurídico español, y de la normativa básica y los principales conceptos básicos de cada una de las materias que van a trabajarse en el master. En concreto, el bloque material se compone del siguiente temario: Introducción al Sistema Jurídico Español; Introducción a los Conceptos Básicos del Derecho Civil español y catalán; Introducción a los Conceptos Básicos del Derecho Procesal; Introducción al Sistema Fiscal Español; Introducción a los Conceptos Básicos del Derecho Mercantil; Introducción a los Conceptos Básicos del Derecho Internacional Privado; Introducción a los Conceptos Básicos del Derecho Laboral.

No obstante el carácter introductorio de la asignatura, ésta no pretende abordar todos y cada uno de los conceptos básicos de las materias que son objeto de estudio en el master sino solo de aquellos que son imprescindibles para el posterior seguimiento de las asignaturas propias del MUDEC.

¹⁰ ÁLVAREZ, C.; SILIÓ, G.; FERNÁNDEZ-DÍAZ, E. (2012): “Planificación, colaboración, innovación, tres claves para conseguir una buena práctica docente universitaria”. En *revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria (RED-U)*, *Monográfico Buenas prácticas docentes en la enseñanza universitaria*, Vol. 10 N. 1, enero-abril 2012.

Cada uno de los temas se imparte por un profesor distinto, vinculado con el área de conocimiento cuyos contenidos explica. Se intenta, en la medida en que la disponibilidad docente de cada profesor lo permita, que los profesores que participan en los complementos formativos tengan además otra docencia en el MUDEC, con el fin de que el alumno vaya familiarizándose, también a nivel personal, con el profesorado.

La asignatura se articula a través de la plataforma virtual de docencia moodle, donde está disponible toda la información y materiales para abordar el estudio de cada tema. Dentro de este espacio, la división es por temas, ordenados de acuerdo con el horario y la programación prevista. A su vez, y con el fin de unificar, todos y cada uno de los temas tiene los siguientes apartados y recursos¹¹:

- Guión de la sesión, donde se especifican los ítems concretos a desarrollar en cada una de las sesiones presenciales, a modo de programa
- Materiales: presentaciones *power point*, artículos científicos, textos de apoyo al estudio,...
- Normativa básica enlazada, para facilitar su consulta y conocimiento
- Bibliografía básica de consulta disponible en el CRAI
- Un Glosario de conceptos básicos (actividad evaluativa)
- Dudas y Comentarios: forum de comunicación entre los alumnos y el profesor tutor de cada tema

El sistema evaluativo de los complementos formativos se estructura en dos actividades. Por un lado, el alumno debe rellenar el glosario de conceptos básicos (entre 10 y 15 por cada tema) que cada profesor habrá introducido en su tema, con aportaciones relevantes sobre su definición. Esta parte tiene un peso global de un 40%. Y, por otro lado, cada alumno debe presentar un comentario de una sentencia actual, elegida por él, y relacionada con la materia del derecho de la empresa y la contratación. Esta actividad tiene un peso evaluativo sobre la nota final del 60%. Para cumplimentar esta actividad evaluativa, el alumno dispone en el moodle de unas instrucciones concretas que debe seguir, así como de un recurso que le permite hacer la entrega virtual¹².

La calificación final es global, por tanto, será el resultado ponderado de las evaluaciones realizadas por cada uno de los profesores participantes.

3. Conclusiones

Tras dos años de implementación de los complementos formativos, como asignatura introductoria, en los estudios de postgrado del MUDEC, podemos realizar siguientes conclusiones:

¹¹ PARCERISA, A. (Coord.) (2005): “Materiales para la docencia universitaria. Orientaciones para elaborarlos y mejorarlos”. Editorial Octaedro-ICE, Barcelona.

¹² BIGGS, J. B. (2005): “Calidad del aprendizaje universitario”. Editorial Narcea, Madrid.

PRIMERA: pensamos que la materia sobre la que versan los complementos formativos, es de gran ayuda para los estudiantes que acceden al MUDEC a través de titulaciones jurídicas obtenidas en el extranjero o bien a través de titulaciones no jurídicas, pues esta formación introductoria les permitirá adquirir una base formativa para poder abordar, con posterioridad, un mejor y más profundo estudio de las materias propias del master, a la vez que les dota de un mejor conocimiento de las herramientas de las que nuestra universidad dispone para facilitar el estudio y la investigación.

SEGUNDA: la experiencia nos ha demostrado que esta buena práctica docente incrementa el número alumnos inscritos provenientes de otras disciplinas, lo que a su vez ha conllevado una consecuencia no esperada, cual es el aumento del número de alumnos juristas matriculados atraídos por la heterogeneidad del alumnado de nuestros estudios de master. Esta realidad enriquece el ambiente de trabajo a la vez que fomenta la transversalidad de conocimiento. Por su parte, también ha incrementado el número de alumnos extranjeros que ven en nuestro master una vía de formación basada en la excelencia y la transversalidad.

TERCERA: la tasa de abandono de los alumnos, en especial de los que no tenían formación jurídica previa y de los extranjeros, ha bajado sustancialmente en las últimas ediciones del MUDEC, y creemos que en gran medida ello es debido a la introducción de los complementos formativos, que ha permitido a estos estudiantes cubrir las carencias formativas de sus títulos de acceso para seguir, con toda normalidad, el contenido especializado de nuestro master.

CUARTA: a partir de nuestra experiencia, otros masters, como el Master Universitario de Acceso a la Abogacía de la URV, que se encuentran con una realidad parecida a la del MUDEC, han mostrado su interés en seguir el modelo de los complementos formativos que hemos implantado, para cubrir las carencias de aquellos estudiantes formados en ordenamientos jurídicos extranjeros que pretenden el ejercicio del profesión de abogado o procurador en nuestro país y están cursando dicho master.

QUINTA: pese a la buena experiencia que se deriva de la implantación de los complementos formativos en el MUDEC, observamos que todavía existen cuestiones a mejorar. Por ejemplo, hemos detectado que se plantea un problema en relación con en el segundo periodo de matrícula, que se alarga hasta finales de septiembre. Esta realidad implica que quienes se matriculan en este periodo no puedan tener acceso a la plataforma virtual moodle hasta finales de mes, cuando los complementos formativos casi han finalizado su docencia, lo que supone que el coordinador y profesorado debe realizar una labor extra de seguimiento de estos alumnos.

Para finalizar, en la medida que en un futuro no muy lejano y en aras en seguir trabajando en la captación de alumnos, se plantea la docencia del MUDEC, junto con la actual modalidad presencial, de forma virtual, deberemos examinar cómo adaptar los complementos formativos.

4. Bibliografía

- ÁLVAREZ, C.; SILIÓ, G.; FERNÁNDEZ-DÍAZ, E. (2012): “Planificación, colaboración, innovación, tres claves para conseguir una buena práctica docente universitaria”. En *revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria (RED-U), Monográfico Buenas prácticas docentes en la enseñanza universitaria*, Vol. 10 N. 1, enero-abril 2012.
- ÁLVAREZ, V.; GRACIA, E.; GIL, J. Y ROMERO, S. (2004): “La enseñanza universitaria: Planificación y desarrollo de la docencia”. Editorial EOS, Almería.
- BIGGS, J. B. (2005): “Calidad del aprendizaje universitario”. Editorial Narcea, Madrid.
- DE MIGUEL, M. (Dir.) (2005): “Modalidades de enseñanza centradas en el desarrollo de competencias orientaciones para promover el cambio metodológico en el espacio europeo de educación superior”. Editorial MEC/Universidad de Oviedo, Madrid.
- ESTEBARANZ, A; BALLESTEROS, M.A. (2012): “Internacionalización de la universidad: abrir ventanas al conocimiento y al mundo profesional”. En *revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria (RED-U), Monográfico Buenas prácticas docentes en la enseñanza universitaria*, Vol. 10 N. 1, enero-abril 2012.
- LECLERCQ, D. (1998): “*Pour une pédagogie universitaire de qualité*”, Editorial Mardaga, Bélgica
- MOORE, S.; WALSH, G. Y RÍSQUEZ, A. (2012): “Estrategias eficaces para enseñar en la universidad. Guía para docentes comprometido”. Editorial Narcea, Madrid.
- PARCERISA, A. (Coord.) (2005): “Materiales para la docencia universitaria. Orientaciones para elaborarlos y mejorarlos”. Editorial Octaedro-ICE, Barcelona.
- WISKER, G; EXLEY, K; ANTONIOU, M. Y RIDLEY P. (2012): “Trabajando individualmente con cada estudiante. Tutoría personalizada, coaching, mentoría y supervisión en Educación Superior”. Editorial Narcea, Madrid.

5. Webgrafía

- Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (2013): Evaluación para la verificación de títulos oficiales de Grado y Máster universitario. Disponible en <http://www.aneca.es/Programas/VERIFICA/Verificacion-de-Grado-y-Master>. Consultado en 03/02/2014 a las 14:00.
- Universitat Rovira i Virgili (2012): Normativa de acceso y admisión a master. Disponible en www.urv.cat/media/upload//arxiu/gestio_academica/normatives_master/dret_empresa_contractacio_rd1393.pdf. Consultado en 24/02/2014 a las 17:21.
- Universitat Rovira i Virgili (2013): Normativa académica y de matrícula. Disponible en http://wwwa.urv.cat/la_urv/3_organs_govern/secretaria_general/legislacio/2_propia_auniversitaria/docencia/normat_acad_mat_master_13_14.pdf.

RESEÑAS

FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO (Director), PÉREZ GUERRA, RAÚL (Coordinador CD), *Manual de Derecho Administrativo del sector turístico*, Editorial Tecnos, 2013, 223 págs. ISBN: 978-84-309-5887-0.

Carmen María Ávila Rodríguez
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
(prof. acreditada como Profesora Titular de Universidad)
Universidad de Málaga

El Manual de Derecho Administrativo del Sector Turístico dirigido por el profesor Severiano Fernández Ramos se presenta como un material de apoyo a la enseñanza de la asignatura correspondiente en los planes de estudio de los Grados en Turismo con una clara vocación de adaptarse al actual entorno de la docencia universitaria en clave ETCS. En la elaboración del Manual se ha tenido presente que el destinatario de este libro no es un alumno del Grado en Derecho sino del Grado en turismo por ello se ha utilizado un lenguaje sencillo y la exposición es primordialmente descriptiva, soslayando cuestiones problemáticas desde el punto de vista jurídico.

El Manual tiene la finalidad de ser herramienta útil para la adquisición de las cuatro competencias fijadas en el Libro Blanco del Título de Grado en Turismo, publicado por la Aneca: Conocer las Administraciones Públicas competentes en materia turística, sus funciones y objetivos; conocer otras estructuras político-administrativas que desarrollan su actividad en materia turística, sus funciones y objetivos; Consultar las fuentes y medios adecuadas en los que se publican las resoluciones y normas dictadas por las Administraciones turísticas; e identificar cuál es la instancia de la Administración turística que puede resolver las cuestiones surgidas en el ejercicio de la actividad.

Para facilitar la adquisición de las competencias, el manual se estructura en doce temas que se dedican en exclusiva al Derecho del Turismo. En la búsqueda de equilibrio entre la parte general del Derecho administrativo del turismo y la parte especial, se dedican los seis primeros temas a la parte general que estudia las instituciones y las técnicas comunes (Tema 1. Introducción. La política turística europea y la Administración turística del Estado; Tema 2. Las Administraciones turísticas andaluzas; Tema 3. La ordenación y promoción de los recursos turísticos; Tema 4. La ordenación de la oferta de los servicios turísticos; Tema 5. Medidas de fomento del sector turístico. El arbitraje como técnica de defensa de los derechos de los usuarios turísticos; Tema 6. Protección de la legalidad turística) y los seis siguientes a la parte especial que engloba el estudio de los servicios y establecimientos específicos (Tema 7. Los establecimientos hoteleros; Tema 8. Otros establecimientos de alojamiento turístico; Tema 9. La intermediación

turística; Tema 10. Los servicios turísticos de restauración; Tema 11. Los servicios de información turística y otros; Tema 12. El turismo activo).

Con objeto de que el material se adapte a una asignatura cuatrimestral, con gran acierto, se ha optado por excluir del libro la parte dedicada a las nociones generales del Derecho administrativo y a modo de material complementario en las últimas páginas del libro se ha elaborado un breve glosario de Derecho administrativo con conceptos generales y sus definiciones. También a modo de material complementario se incorpora al manual un CD, coordinado por el profesor Raúl Pérez Guerra, que contienen los textos legales tratados en el Manual, para que el alumno pueda acercarse directamente a las fuentes legales de la materia.

El orden expositivo de cada tema está estructurado en partes bien diferenciadas. Cada tema se introduce con el sumario del contenido, a continuación se describen brevemente los objetivos concretos de la lección para continuar con el material docente que no en pocas ocasiones se encuentra enriquecido con tablas y material gráfico aclaratorio. El tema se cierra con una enumeración de documentos de interés, normalmente textos normativos, una relación de bibliografía seleccionada test de autoevaluación.

Es un valor añadido de este Manual que en su realización han participado docentes e investigadores de las principales Universidades de las siete provincias de Andalucía. Es por tanto signo y gesto de la estrecha colaboración y buena sintonía entre las Universidades Andaluzas. Enhorabuena a Severiano Fernández Ramos, Raúl Pérez Guerra, Francisco Miguel Bombillar Sáenz, M^a Maite Ceballos Martín, Manuel Ceballos Moreno, Juan J. Gutiérrez Alonso, Isabel González Ríos, Humberto Gosálbez Pequeño, Lourdes Yolanda Montañés Castillo, Manuela Mora Ruiz, José María Pérez Monguió, Carlos Sanz Domínguez, Javier Sola Teysiére y M^a Remedios Zamora Roselló por el magnífico resultado de su trabajo.

GARCÍA AÑÓN, JOSÉ (editor); *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013, Unitat d'innovació educativa, Facultat de Dret, Universitat de València, 2013, 1336 págs. ISBN 978-84-695-8300-5.*

Carmen Rocío Fernández Díaz
Universidad de Málaga

La presente publicación recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el V Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas, celebrado los días 11 a 13 de septiembre de 2013 en la Universidad de Valencia, dando continuidad a otras cuatro ediciones precedentes que tuvieron lugar en las Universidades de Rovira i Virgili (Tarragona, 2005), de Málaga (2007), de Sevilla (2009) y de Valladolid (2011).

En estas cinco ediciones, los esfuerzos han ido dirigidos a reflexionar sobre las cuestiones actuales que se debaten en el ámbito universitario y que nacen de la necesidad de adaptar la metodología de la enseñanza al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES, en adelante) en el que están inmersas todas las Universidades, en mayor o menor medida. En este sentido, el objetivo del V Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas ha sido el de reflexionar sobre los procesos de transformación en el Derecho y su aprendizaje en las actuales condiciones de cambio en los distintos niveles económico, social, político y el propio ámbito normativo (p. 13).

La estructura del trabajo está formada por quince partes, cada una de las cuales aborda diferentes aspectos relacionados con la docencia mediante el intercambio de experiencias, creando un espacio de diálogo en el que se busca hacer una crítica constructiva al sistema para la mejora de nuestra calidad educativa. Estas quince partes están introducidas por un interesante texto, autoría del que es editor de esta obra. En él, García Añón articula en una primera parte tres transformaciones que han afectado a la enseñanza y aprendizaje del Derecho, cuales son: la evolución del propio modelo de enseñanza, que ha creado un nuevo modelo educativo; la evolución de las relaciones sociales, que ha supuesto la aparición de nuevas formas de acceder a la información y al conocimiento; y, el cambio institucional y normativo que ha llevado a cabo el llamado “Proceso Bolonia” (EEES). En una segunda parte, el autor resalta como elemento transformador del escenario actual la educación jurídica clínica, que tiene como fin “formar a estudiantes en habilidades profesionales y en deontología profesional, al tiempo que se ofrecen servicios jurídicos a personas en riesgo de exclusión social o sin capacidad económica” (p. 35).

La parte I de la obra recoge las intervenciones de ponentes procedentes de diversas Universidades españolas, cuyo punto en común es el de tratar el modelo de enseñanza por competencias en los estudios jurídicos. El primer trabajo se centra en las diferencias generacionales en los planes de estudio de Derecho, según la situación social, política y jurídica, dando lugar a diversos perfiles de juristas. Seguidamente, se exponen diferentes experiencias docentes que se han apartado del tradicional sistema de enseñanza, para adoptar uno enfocado a la enseñanza de competencias y habilidades de los alumnos, que les van a ser exigidas en el mundo laboral, para lo que se exige una

especial metodología y sistema de evaluación. Así, se ponen de manifiesto experiencias que centran su atención en el aprendizaje basado en la jurisprudencia, otras señalan como competencia transversal clave la capacidad de razonamiento lógico, que integra capacidades como la comprensión, asimilación, interpretación, redacción y argumentación de los conocimientos de las distintas ramas del Derecho, mientras que para otras, esa competencia transversal fundamental se encuentra en el compromiso ético, como competencia esencial para el desarrollo del ejercicio profesional, que deberá ser adquirido durante la formación académica. Por último, se plantea también la posibilidad de desarrollar un contenido de las competencias que se exigen en los Másteres, y ofrecer herramientas para su evaluación, estimando que como nueva forma de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador, la adquisición de estas competencias es ineludible.

La parte II del trabajo cuestiona si en los estudios de Derecho resulta posible incorporar un sistema europeo de calidad docente, interviniendo en este caso ponentes de la Universidad de Murcia que llevaron a cabo un análisis crítico de los cambios que se han insertado, partiendo de los indicadores generados por el sistema de garantía de calidad.

La parte III plantea el interrogante de cómo se puede enseñar a aprender Derecho. Con el objetivo de dar respuesta a dicha cuestión se reflexiona y comparten experiencias para la mejora de los distintos ejes que concurren en el trabajo de aprendizaje y se lleva a cabo un estudio de las situaciones de ineficiencia del aprendizaje, así como un análisis desagregado de los factores que penalizan el rendimiento académico de los estudiantes¹. Insertas en esta parte, cuyo aspecto central es el apenas expuesto, se hallan diversas ponencias que se distribuyen en tres apartados. El primero de ellos, hace referencia a la influencia de la organización y planificación en el rendimiento, y pone el acento en la necesidad de las guías de trabajo como herramienta esencial de organización y de adaptación de la docencia al EEES. El segundo se centra en el aprendizaje experiencial y las metodologías activas, que han obligado a los docentes a reestructurar sus conocimientos y reforzar sus habilidades mediante la práctica, la experimentación y la investigación y dan lugar a metodologías más interactivas tendentes a activar el esfuerzo intelectual y de comprensión del estudiante. El tercer apartado, por último, pone el acento en la interdisciplinariedad, la cual evita mostrar el Derecho como una suma de compartimentos estancos representados por cada una de las asignaturas (p. 271).

La parte IV de la obra trata del aprendizaje colaborativo y del aprendizaje basado en problemas, que son entendidos como planteamientos complementarios. El primero está basado en el desarrollo de habilidades interpersonales que facilitan la comunicación y proporcionan al estudiante una metodología de trabajo que se funda en el análisis, el diagnóstico, la argumentación y la toma de decisiones, además de fomentar el pensamiento crítico y divergente. El segundo, por su parte, definido a partir de planteamientos socio-constructivistas, nace de la idea de que el apoyo recíproco entre iguales para conseguir un fin común proporciona una mayor intensidad en el aprendizaje.

¹ Se destaca que a la falta de rendimiento de un alumno se responde aconsejándole que estudie o lea más y que, con frecuencia, dicho esfuerzo da lugar a una mejora poco apreciable de las habilidades expresivas, no consiguiendo remontar sus deficiencias.

La parte V concentra un buen número de comunicaciones y ponencias que se centran en desarrollar la idea, ya aludida, propuesta por García Añón, esto es, la consideración de las clínicas jurídicas como elemento de transformación del aprendizaje. El desarrollo de dicha idea se estructura en tres aspectos, consistentes en la creación y diseño de una clínica, el intercambio de experiencias de esta metodología en nuestro país, así como, partiendo de distintos métodos clínicos, el intercambio de experiencias de otros países como Estados Unidos, Nigeria y Colombia.

Una de las consecuencias más latentes del nuevo sistema de educación introducido con el EEES, es la que trata la parte VI de la obra, referida al aprendizaje ubicuo. Pierde importancia la “lección magistral”, en la que el alumno era un mero receptor de conocimientos y los profesores “enseñan contenidos”, frente a la nueva forma de docencia del EEES, que se fundamenta en el aprendizaje continuo y autónomo del alumno, y en la que el docente “enseña a aprender” (p. 618).

Las ponencias que componen esta parte invitan a la reflexión acerca de este cambio de rol de docente y alumno, así como acerca de las ventajas y las limitaciones de los métodos pedagógicos que incorporan las nuevas tecnologías (TICs), el aprendizaje a través de plataformas virtuales (e-learning), así como la evaluación a través de éstas, el “role playing” como herramienta docente de carácter participativo, el empleo de las redes sociales como herramienta de trabajo colaborativo y la multitud de posibilidades que ofrecen los medios interactivos en el ámbito de la educación. Para ello, los intervinientes abogan por la pertinencia de impartir una formación continua específica para los profesionales del derecho, en la medida en que este tipo de herramientas fomentan tanto el trabajo individual como el aprendizaje cooperativo.

Por otro lado, el nuevo EEES exige que la docencia se convierta en una actividad predominantemente creativa para que el aprendizaje de habilidades y competencias cale en el alumnado, superando el tradicional sistema del aprendizaje memorístico. Por ello, tiene amplia cabida dentro de la presente obra la enseñanza del Derecho a través del Cine y la Literatura, contenida en la parte VII. En este apartado se narran experiencias y orientaciones sobre la utilización de la literatura y el cine como herramientas de innovación educativa en estudios de grado y posgrado de Derecho, siendo el punto crucial y básico la adecuada selección de las películas y obras literarias para la adopción de la correcta estrategia docente.

Siguiendo la estructura de la obra, se aborda uno de los aspectos de gran relevancia en el nuevo EEES, como son los sistemas de evaluación. Las transformaciones en la docencia y el aprendizaje, llevan consigo la necesidad de evaluar en qué medida las distintas metodologías docentes con sus peculiaridades son susceptibles de transmitir conocimientos y, por tanto, habrá que delimitar las mejores opciones de valoración del conocimiento en cada una de ellas. La parte VIII de la obra se centra, por tanto, en este aspecto, planteando como uno de los temas, la virtualidad o no de que el evaluador se deslinde del transmisor de conocimientos.

La parte IX de la obra vuelve a incidir en la idea propuesta por García Añón y desarrollada en la parte V. Así, se vincula la docencia del Derecho con el interés social,

al destacar el importante papel que tienen los académicos, juristas y abogados en llevar a cabo una función social alentando una justicia social y un acceso a la justicia más equitativo para todos.

No resulta posible esperar el éxito del EEES sino no se lleva a cabo una valoración de la implantación de los estudios de Grado y Postgrado en las Facultades de Derecho hasta el momento, así como de los problemas que se detectan en la misma. En este aspecto se centran las partes X y XI de la obra, que reúnen diversas experiencias sobre las ilusiones y frustraciones (p. 841) del proceso de implantación del nuevo modelo educativo teórico-práctico, para la búsqueda de estrategias de mejora.

Junto a la exigencia de dichas valoraciones, se presenta el objetivo de lograr cánones de calidad en las Universidades españolas que alcancen el nivel de excelencia exigido por el EEES. Para ello, se pone de relieve en la parte XII de la obra la importancia de la internacionalización de la docencia y la investigación universitaria como reto de futuro de las Universidades españolas. En este sentido se plantean dos temas de debate, uno que alude a los estándares utilizados para evaluar las Universidades a nivel internacional y otro, relativo a las experiencias y propuestas para la puesta en marcha desde las Universidades españolas de dobles titulaciones internacionales tanto en el grado como en el postgrado.

Y qué mejor ejemplo que la presente obra del tema central de la parte XIII, que trata de la difusión científica de la actividad docente del Derecho. Las revistas jurídicas juegan un papel fundamental como medio para transmitir conocimientos sobre la actividad docente, las innovaciones en materia de Educación Superior, las experiencias y los materiales que genera. En este sentido, son de destacar aspectos como el fomento del libre acceso a la información y el conocimiento o la protección en la docencia de la propiedad intelectual.

Por último, dos aspectos más prácticos de la docencia en la actualidad, son los que abordan las partes XIV y XV de la obra, que tratan respectivamente del Grado de Criminología y su inserción en el mercado profesional y la cuestión de cómo formar a un “buen jurista”. Respecto al primero de los temas, se ha abierto un nuevo horizonte profesional con el reconocimiento de título oficial e independiente de otras titulaciones del Grado de Criminología, cuyo marcado carácter interdisciplinar exige una reflexión sobre las salidas profesionales en las que puede desembocar. Respecto al segundo tema, se ponen de manifiesto algunos elementos que tienen como finalidad formar a un “buen jurista”, como la argumentación, el carácter formativo de la experiencia jurídica, los derechos humanos, la transversalidad de los estudios de género, el aprendizaje del Derecho como tecnología, técnica o como saber científico... (p. 1148).

La obra concluye con una adenda que trata temas variados como la formación en competencias, la representación de los derechos indígenas ante la CIDH y la experiencia de las clínicas jurídicas.

En suma, como puede verse, la obra que se presenta abarca un vasto número de temas que resultan de sumo interés para el docente que se enfrenta al reto de adaptarse a la nueva realidad educativa que vivimos. Supone, por tanto, una valiosa fuente de

conocimientos y experiencias que pueden servir de guía al profesorado en la búsqueda de recursos innovadores que respondan a las necesidades del actual sistema de enseñanza, el cual, desde la Declaración de 1999 que sentó las bases del “Plan Bolonia”, no ha parado de sufrir cambios en busca de la creación de la “Europa del conocimiento”. Para ello, el papel de las Universidades es determinante y obras como la presente, no sólo son muestra clara de que el nivel de implicación de las Universidades españolas en dicha empresa es sin duda alto, sino que además constituyen una garantía de éxito de la misma.