

# REJIE NUEVA ÉPOCA

**Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa**

**Nº 22 Extraordinario · Febrero 2020**



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



FACULTAD DE DERECHO  
Universidad de Málaga

**Presentación al núm. 22 Extraordinario**

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

**De la enseñanza superior a la enseñanza del Derecho en el marco de la sociedad romana (s. III a.C. - s. VI d.C)**

MARÍA SALAZAR REVUELTA

**La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

**La evolución del modelo de financiación autonómica en España. Evaluación y perspectivas**

JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO

**Introducing group work and professional writing in a British Law School: a practical assignment and students' perceptions inside the liberal v vocational Law degree dichotomy**

MARIBEL CANTO – LÓPEZ

**Los métodos de interpretación, sus límites y consecuencias para la investigación**

VÉRONIQUE CHAMPEIL – DESPLATS

**Las hipótesis en la investigación científico-jurídica**

JOSEFA DOLORES RUÍZ RESA

**La responsabilidad social a través de los códigos de ética y de conducta. Una propuesta para el gobierno de la Universidad**

IGNACIO JIMÉNEZ SOTO

**Internacionalización de la Universidad (2.0): la enseñanza del Derecho a través del inglés**

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ – TAPIA Y JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

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](mailto:isa_gonzalez@uma.es)

**Subdirectora Académica**

Carmen María Ávila Rodríguez  
[cmavila@uma.es](mailto:cmavila@uma.es)

**Secretaria Académica**

María del Pilar Castro López  
[mdcastro@uma.es](mailto:mdcastro@uma.es)

**Promotor**

Grupo de innovación docente  
PIE 017/08.UMA

**Editor**

Universidad de Málaga

**e-ISSN**  
1989-8754

[www.revistas.uma.es/index.php/rejie](http://www.revistas.uma.es/index.php/rejie)

**REJIE** NUEVA  
ÉPOCA  
*Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*

Número 22  
Extraordinario  
Febrero 2020





La *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, nueva época (REJIE nueva época)* se encuentra indizada en las bases de datos Latindex, Dice, Isoc e IdeasRePec y REDIB.

**Directora:** Isabel González Ríos (*Universidad de Málaga*)

**Subdirectora académica:** Carmen María Ávila Rodríguez (*Universidad de Málaga*)

**Secretaria académica:** María del Pilar Castro López (*Universidad de Málaga*)

### **Consejo de redacción**

CARMEN M<sup>a</sup> ÁVILA RODRÍGUEZ, Universidad de Málaga; JUAN MANUEL AYLLÓN DÍAZ GONZÁLEZ, Universidad de Málaga; PATRICIA BENAVIDES VELASCO, Universidad de Málaga; ROCÍO CARO GÁNDARA, Universidad de Málaga; BELÉN CASADO CASADO, Universidad de Málaga; M<sup>a</sup> DEL PILAR CASTRO LÓPEZ, Universidad de Málaga; ELISA GARCÍA LUQUE, Universidad de Málaga; M<sup>a</sup> ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO, Universidad de Málaga; ISABEL GONZÁLEZ RÍOS, Universidad de Málaga; MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA, Universidad de Málaga; M<sup>a</sup> ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA, Universidad de Málaga; MABEL LÓPEZ GARCÍA, Universidad de Málaga; M<sup>a</sup> BELÉN MALAVÉ OSUNA, Universidad de Málaga; ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, Universidad de Málaga; PATRICIA ZAMBRANA MORAL, Universidad de Málaga; M<sup>a</sup> REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ, Universidad de Málaga.

### **Comité científico**

#### **Comité científico nacional**

JOSE CALVO GONZÁLEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga; ANA CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga; JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO, Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Málaga; JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide; ROSA QUESADA SEGURA, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga; ÁNGEL RODRÍGUEZ VERGARA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga; ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga; JOSÉ M<sup>a</sup> SOUVIRON MORENILLA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga. ÁNGEL VALENCIA SAIZ, Catedrático de Ciencia Política, Universidad de Málaga; DIEGO J. VERA JURADO, Universidad de Málaga.

## Comité científico internacional

MACIEJ BARCZEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Gdansk (Polonia); CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES, Profesor Asistente del Departamento de Derecho, Universidad de Grama (Cuba); MARIBEL CANTO-LÓPEZ Lecturer in Law, University of Leicester (United Kingdom); VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS, Catedrática de Derecho Público, Universidad Paris X-Nanterre (Francia); PAULO FERREIRA DA CUNHA, Catedrático y Director del Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Facultad de Derecho, Universidad de Oporto (Portugal); NICOLA GULLO, Profesor de Derecho Administrativo, Università degli Studi di Palermo (Italia); ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Profesor Emérito, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (Chile); GABOR HAMZA, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Romano, Universidad Eötrös Loránd, Budapest (Hungría); KAZIMIERZ LANKOSZ, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Jagellónica, Cracovia (Polonia); BJARNE MELKEVIK, Catedrático de Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Laval, Québec (Canadá); HENRI R. PALLARD, Catedrático de Filosofía y Teoría del Medio, Universidad Laurentiana, Sudbury, Ontario (Canadá); LUCIO PEGORARO, Catedrático de Derecho Comparado, Universidad de Bolonia (Italia); GEORGE PENCHEV, Catedrático de Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, Universidad de Plovdiv (Bulgaria); SUZANA TAVARES DA SILVA, Profesora de Derecho, Universidade de Coimbra (Portugal); HARRY E. VANDEN, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, University of South Florida, Tampa, (Estados Unidos); TADEUSZ WASILEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Administración, Nicholaus Copernicus University, Torun (Polonia).

### **Presentación al núm. 22 Extraordinario**

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS..... 9

### **De la enseñanza superior a la enseñanza del Derecho en el marco de la sociedad romana (s. III a.c.- s. VI d.c)**

MARÍA SALAZAR REVUELTA ..... 11

### **La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO..... 39

### **La evolución del modelo de financiación autonómica en España. Evaluación y perspectivas**

JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO..... 73

### **Introducing group work and professional writing in a British Law School: a practical assignment and students' perceptions inside the liberal v vocational law degree dichotomy**

MARIBEL CANTO - LÓPEZ..... 95

### **Los métodos de interpretación, sus límites y consecuencias para la investigación**

VÉRONIQUE CHAMPEIL - DESPLATS..... 119

### **Las hipótesis en la investigación científico-jurídica**

JOSEFA DOLORES RUÍZ RESA..... 135

### **La responsabilidad social a través de los códigos de ética y de conducta. Una propuesta para el gobierno de la Universidad**

IGNACIO JIMÉNEZ SOTO ..... 161

### **Internacionalización de la Universidad (2.0): la enseñanza del Derecho a través del inglés**

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ - TAPIA Y JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI ..... 183

## PRESENTACIÓN AL NÚMERO 22

(Número Extraordinario en conmemoración de los 10 años de la REJIE)

En el año 2010 un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, en el marco de un proyecto de innovación educativa financiado por dicha Universidad, nos aventuramos a realizar una publicación que tuviera como temática la “innovación docente e investigadora” en el ámbito jurídico. Es así como surge la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE), con periodicidad semestral, publicando en los meses de enero y junio de cada anualidad. Como coordinadora de aquel proyecto asumí la Dirección de la Revista, con el apoyo y esforzada contribución de la profesora Mabel López que se hizo cargo de la Secretaría Académica. En un primer momento, de su edición se encargó un grupo de investigación de la citada Universidad, EUMED.NET, dedicado al lanzamiento “on line” de revistas científicas. Gracias a este grupo dirigido por el profesor Martínez Coll, y al apoyo del Departamento de Derecho Público pudimos publicar los 16 primeros números de la Revista.

De esta etapa podemos destacar la relevante contribución de la misma a la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior y del conocido como “Plan Bolonia”. Tengamos en cuenta que la Revista surge para dar cabida a las publicaciones sobre nuevas metodologías y recursos utilizados en la enseñanza/aprendizaje del Derecho. La implementación del “Plan Bolonia”, que situaba al estudiantado en el centro del autoaprendizaje y que propugnaba cambios en los métodos de enseñanza del profesor universitario, empieza a calar en nuestras Universidades y ello va a tener su reflejo en publicaciones en las que se pretende dar difusión a los cambios que nos imponía el espacio europeo de educación superior. Al mismo tiempo, la Revista pretendía ser un medio de publicación abierto a los países iberoamericanos y europeos, que permitiera el conocimiento de diferentes métodos de enseñanza y su eficacia práctica. En este contexto, en esos 16 números han colaborado profesores de casi todas las Universidades españolas (Málaga, Granada, Almería, Huelva, Pablo de Olavide, Sevilla, León, Santiago, Complutense de Madrid, Autónoma de Madrid, Alcalá, Cádiz, Carlos III de Madrid, Rovira I Virgili, Murcia, País Vasco, Navarra, Zaragoza, Oviedo, entre otras) y de Universidades de otros países (Italia, Francia, Inglaterra, México, Bulgaria o Portugal). En cuanto a los temas abordados se ha tratado de mantener un equilibrio entre, por un lado, los artículos centrados en el estudio de la innovación docente y el marco normativo universitario, y por otro lado, las publicaciones referidas a investigaciones sustantivas o sobre cuestiones problemáticas en otros ordenamientos jurídicos internacionales. En todo caso, la primera etapa de la Revista, desde el año 2010 a 2017, ha sido un reflejo del interés por parte de la doctrina científica por los cambios que en cuanto a planes de estudio y técnicas de enseñanza universitaria se estaban produciendo en España y fuera de nuestras fronteras.

En el año 2018 surge la oportunidad del cambio en cuanto a la edición de Revista. La UMA pone en marcha el Portal OJS (Open Journal System) y con él la posibilidad de publicar en abierto y sin costes de edición la REJIE y resto de Revistas Científicas de la UMA. Nuestra publicación pasa a llamarse REJIE.Nueva Época. A partir de ese momento hemos publicado 5 números, introduciendo como novedad la división en dos secciones, la referida a innovación educativa y metodologías docentes y la relativa a investigación sustantiva. Se mantiene la labor de difusión de obras jurídicas recientes a través de la sección dedicada a las reseñas. En esta nueva etapa se incorpora a la Subdirección Académica de la Revista, la profesora Carmen M<sup>a</sup> Ávila y a la Secretaría Académica la profesora M<sup>a</sup> del Pilar Castro, sin cuya labor y constante esfuerzo no sería posible dar continuidad a la misma.

Con la trayectoria descrita, la REJIE ha conseguido no solo hacerse un sitio en las principales bases de datos y catálogos de revistas científicas (Latindex, Dice, ISOC, Rebiun, Dialnet...), sino también, posicionarse entre las escasas revistas jurídicas orientadas al tema de las metodologías docentes a nivel universitario. Es así, como la REJIE ha cumplido sus 10 años de edición y la publicación de 20 números periódicos. Y esto es motivo suficiente para felicitar y agradecer al Consejo de Redacción de la Revista el trabajo realizado durante todo este periodo. Esta hazaña, no solo de mantenimiento en el tiempo, sino de mejora y afianzamiento de sus contenidos, ha llevado al equipo de redacción a impulsar la elaboración de un Número Extraordinario, el Número 22 de la REJIE, para conmemorar los 10 años de edición de esta

Revista electrónica. Número Extraordinario en el que han participado profesores de otras universidades nacionales y extranjeras, que vienen colaborando en funciones de asesoramiento, evaluación y mejora continua de la publicación.

Así, pues, quiero manifestar mi público agradecimiento a los autores que han hecho posible este Número Extraordinario. Todos y cada uno de ellos han sabido responder a lo que desde la dirección de la Revista se les aconsejó, abordar temas clásicos y novedosos que nos mostraran los retos a los que se enfrenta la enseñanza del Derecho en nuestras Universidades. Así, podríamos clasificar los artículos que recoge el Número 22 de la Revista en tres grupos: a) aquellos que tratan retos para la enseñanza del Derecho, en algunos casos derivados de su propia mutabilidad; b) los que se centran en los retos de la interpretación e investigación jurídica; y c) los que analizan retos para la Universidad. Y como la enseñanza hunde sus raíces en la historia, no podía faltar en ese primer bloque un estudio de los métodos y organización de la enseñanza superior en Roma de la mano de una experta en la materia, la profesora Salazar Revuelta, Catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Jaén. Junto a este trabajo, el artículo de la profesora Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de León, que nos ha obsequiado con un estudio que trata un tema a la vez que novedoso, problemático, como es la afectación a la salud mental de los trabajadores de la tecnificación de los procesos productivos, lo que pone de relieve las dificultades del profesor y del jurista en general para enseñar un marco jurídico en continua evolución y formación; dificultad que también se deduce del estudio que nos presenta el profesor Hinojosa Torralvo, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga, dedicado al análisis de los problemas actuales del sistema de financiación autonómica, en el que indaga en las causas y propuestas de solución para un sistema que se ha quedado obsoleto. Por otro lado, en línea con los desafíos que plantea la enseñanza del Derecho se incluye el artículo de la profesora Canto López, de la Universidad de Leicester, que como especialista en pedagogía en el ámbito jurídico, nos introduce en las competencias que vienen fomentándose recientemente en su Universidad y otras Universidades del entorno anglosajón, realizando aportaciones sobre los métodos y objetivos docentes utilizados en el “Common Law”.

Por lo que se refiere al reto en materia de interpretación e investigación jurídica, el artículo de la profesora Champeil-Desplat, Catedrática de Derecho Público de la Universidad París X, con un tema clásico pero siempre de actualidad entre los operadores jurídicos, nos presenta sus reflexiones y propuestas en cuanto a los métodos de interpretación del Derecho; a este estudio se suma el que realiza la profesora Ruíz Resa, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, que nos sitúa en el campo de las hipótesis, de las cuestiones, de las preguntas y de las respuestas que deben plantearse cuanto se aborda un tema de investigación. Y por último, respecto a los desafíos para la propia Universidad, los mismos son tratados, por un lado, por el profesor Jiménez Soto, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, que como experto en temas universitarios, por sus investigaciones y labores de gestión universitaria, nos presenta los Códigos de Ética y Conducta como propuesta para un gobierno responsable en nuestras universidades; y, por otro lado, por los profesores De Lucchi- López y Cabra Apalategui, que nos introducen en la necesidad de fomentar la enseñanza del Derecho a través del inglés como idioma imprescindible en la docencia y en la investigación para alcanzar cuotas relevantes de internacionalización de la Universidad.

Este Número Extraordinario tiene el mérito de contribuir con las investigaciones que presentamos a la visualización de temas clásicos y recientes de la enseñanza, la investigación y la organización universitaria; así como, propuestas para afrontar los nuevos desafíos a los que se enfrenta la Universidad y la enseñanza superior.

Isabel González Ríos

**Directora de la REJIE**

Málaga, a 6 de febrero de 2020

## DE LA ENSEÑANZA SUPERIOR A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD ROMANA (S. III a.C. - S. VI d.C.)

From further education to the teaching of Law within the framework of roman society (c. III B.C. - c. VI A.D.)

María Salazar Revuelta  
Catedrática de Derecho Romano  
Universidad de Jaén

---

### RESUMEN

El artículo acomete un análisis evolutivo sobre la enseñanza del Derecho en la sociedad romana, desde sus orígenes más remotos, partiendo de la educación de los hijos en el seno familiar, hasta su institucionalización por medio de la presencia de escuelas en el Bajo Imperio. En ellas se desarrolla una metodología destinada a la formación de abogados y juristas a través de un progresivo intervencionismo docente por parte del Estado romano.

### PALABRAS CLAVE

Scholae, stations, pedagogus, advocati, oratoria, docentia, auditor.

### ABSTRACT

This article analyses the development of the teaching of Law in Roman society, from its most distant origins, as part of the education provided to children within the family, until its institutionalization via its teaching in schools in the Late Roman Empire. The methodology applied in these schools was aimed at training lawyers and legal experts through increasing interventionism in education by the Roman State.

### KEYWORDS

Scholae, stations, pedagogus, advocate, oratory, docentia, auditor.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Algunas observaciones sobre la educación romana y sus diferentes niveles de enseñanza. 3. Rasgos fundamentales de la enseñanza superior: la irrupción de la retórica. 4. Los orígenes históricos de la enseñanza del Derecho. Problemática de la influencia griega. 5. La enseñanza del Derecho en la época clásica. Las escuelas de juristas. Las escuelas de Derecho: *stationes ius publice docentium aut respondentium*. 6. Las escuelas postclásicas: Berito y Constantinopla. La enseñanza del Derecho en el Dominado. 7. El plan de estudios del emperador Justiniano. La constitución *Omnem re publicae*. 8. Epílogo. Bibliografía.

## 1. Introducción.

El tema de la educación y los mecanismos de enseñanza en Roma está marcado por una serie de alternativas, puesto que el proceso histórico de su evolución es dilatado y, al igual que muchas instituciones sociales, jurídicas y políticas romanas, está regido por unos orígenes muy condicionados por el ámbito familiar, con un severo control del *paterfamilias*; si bien a partir de la época imperial se vislumbra un mayor intervencionismo por parte del Estado. Será con el emperador Vespasiano cuando el Estado asuma “el compromiso de financiar la escuela elemental y remunerar al profesorado”<sup>1</sup>.

Inicialmente, aunque el papel del *paterfamilias* era importante, la madre “tomaba a su cargo importantes responsabilidades en la preparación para la vida en común de quienes siempre fueron vistos como futuros adultos”<sup>2</sup>. El eje central de la educación recae en el objetivo de formar ciudadanos, elemento fundamental en la vertebración de la civilización romana. Como señala Paul Veyne: “la educación tenía teóricamente como fin templar el carácter mientras era tiempo oportuno para ello, de modo que los individuos pudiesen resistir, una vez adultos, al microbio del lujo y de la decadencia que... se había metido en todas partes”<sup>3</sup>.

Obviamente, la educación se centra en los círculos más aristocráticos y las influencias externas se dejan sentir especialmente durante el siglo II a. C.: “el mundo romano sufre un proceso de helenización global, que en el plano cultural implica la absorción, en principio por los círculos dirigentes de la *nobilitas* y, con posterioridad, de forma generalizada, de aquellos valores que dominaban el panorama del Mediterráneo oriental, es decir, el mundo helenístico”<sup>4</sup>.

Las fuentes en las que se apoya el proceso evolutivo de la educación romana nos las proporcionan autores latinos como: Livio, Suetonio, Tácito, Gelio, Plutarco, Cicerón, Quintiliano, Juvenal... Es fundamental la figura de Marco Fabio Quintiliano, que ofrece

<sup>1</sup> Novillo López, M. A. (2016), “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, *Tendencias pedagógicas*, 27, p. 129.

<sup>2</sup> Gutiérrez Cuadrado, J.- Hernández Sandoica, E.- Peset, J. L. (1988), “Educación y Enseñanza”, en Artola, M. (dir.): *Enciclopedia de Historia de España*, 1. *Economía y Sociedad*, Madrid: Alianza Editorial, p. 537.

<sup>3</sup> Veyne, P. (1987), “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, en Ariès, Ph.- Duby, G. (dirs.): *Historia de la vida privada. Del Imperio romano al año 1000*, I. (trad. esp. F. Pérez Gutiérrez), Madrid: Taurus, p. 29.

<sup>4</sup> León Lázaro, G. de (2013), “La educación en Roma”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46, p. 475.

en *De institutione oratoria* diferentes instrucciones de cómo educar a los niños, aplicando una metodología que eluda los castigos físicos<sup>5</sup>.

En los primeros siglos de la República “la educación era muy rudimentaria, hasta los siete años el niño estaba bajo el cuidado de la madre... pero para que no se malogre la obra educativa de la madre hay que tener mucho cuidado con la nodriza o la niñera que se busque para el niño. Que sea buena y hable sin defectos”<sup>6</sup>. Consideraciones que no omiten la *potestas* del *paterfamilias*, puesto que se trata de un *filiusfamilias* que se encuentra en el ámbito de la *domus*. Por tanto, en este periodo histórico, aquel no permite que el Estado intervenga en la educación del hijo. Posteriormente, el intervencionismo imperial se deja sentir en materia educativa, conectando con la transformación institucional del Estado romano “convertido en una importante máquina burocrática que requiere un personal administrativamente adecuado, que solo puede adquirirse a partir de la enseñanza superior”<sup>7</sup>.

Desde el siglo IV, además, aparece un nuevo sujeto: se trata de la Iglesia cristiana, que también asume de manera voluntaria las actividades educativas, pero conviviendo con la cultura pagana. Renacen las escuelas cristianas, ya sean de naturaleza monástica, episcopales y presbiteriales, antesala de las épocas oscuras que vienen a preludiar las organizaciones eclesiásticas medievales<sup>8</sup>. Para Peter Brown, “el monasterio se convirtió en la primera comunidad preparada para ofrecer una formación plenamente cristiana a partir de la adolescencia... Sin embargo, el efecto del paradigma monástico consiste en revelar con mucha claridad una grieta –susceptible de agrandarse en cualquier momento– entre la ciudad y los hogares cristianos”<sup>9</sup>.

Ahora bien, a lo largo del devenir histórico, nos encontramos con una Roma que “desde los más remotos tiempos de su historia propiamente dicha, es un pueblo de agricultores, apegados a la tradición y educados en la familia, un pueblo de conquistadores con enorme sentido práctico, un pueblo de juristas con un profundo sentido de la justicia”<sup>10</sup>. Además, como indica Yan Thomas: “el padre debía de preparar para la sociedad política a los hijos que había tenido de una esposa; es un adiestramiento cívico. En cualquier lugar público, desde la infancia el muchacho seguía a su padre. En la Basílica para verle pleitear; en el Foro donde encontraba a sus amigos; en el Senado,

---

<sup>5</sup> Vid. Soriano Sancha, G. (2006), “Marco Fabio Quintiliano: la educación del ciudadano romano”, *Iberia: Revista de la Antigüedad*, 9, pp. 107-124; Moro Ipola, M. (2007), “Quintiliano de Calahorra: didáctica y estrategias educativas en la antigua Roma”, *Foro de Educación*, 9, pp. 125-132. Todavía es clásica la obra de Blanco, R. (1935), *Quintiliano y su sistema de educación*, Madrid. También vid., Belenguer Calpe, E. (1998), *Naturaleza y pedagogía: De Quintiliano a la Educación nueva*, Santa Cruz de Tenerife; Cantó Lorca, J. (1998), “Las funciones del *grammaticus* según Quintiliano”, en Albaladejo Mayordomo et al. (coords.), *Quintiliano: Historia y actualidad de la Retórica. Actas del congreso. XIX Centenario de la "Institutio Oratoria"*, Logroño: Instituto de Estudios Riojanos, Ayuntamiento de Calahorra, pp. 853-868.

<sup>6</sup> Guillén, J. (1997), *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. I. Vida privada*, Salamanca: Edic. Sígueme, 4ª ed., pp. 191-192, nts. 10, 11 y 12.

<sup>7</sup> León Lázaro, G., “La educación en Roma”, cit., p. 480.

<sup>8</sup> Gutiérrez Cuadrado, J. et al., “Educación y Enseñanza”, cit., p. 539, con interesante bibliografía en p. 610. También, vid. Riche, P. (1979), *Les écoles et l'enseignement dans l'Occident Chrétien de la fin du V<sup>ème</sup> siècle au milieu de XI<sup>ème</sup> siècle*, París; Cochrane, Ch. N. (1949), *Cristianismo y cultura clásica*, México: Fondo de cultura económica.

<sup>9</sup> Brown, P. (1987), “La antigüedad tardía”, en Ariès, Ph.- Duby, G. (dirs.): *Historia de la vida privada. Del Imperio romano al año 1000*, I. (trad. esp. F. Pérez Gutiérrez), Madrid: Taurus, p. 285.

<sup>10</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F. (1988), *Estudios de Derecho y formación de juristas*, Madrid: Dykinson, S. L., p. 39.

en los banquetes, en las provincias el año que desempeñaba su función, mientras la mujer permanecía en el hogar”<sup>11</sup>.

Normalmente, a partir del Imperio, los hijos de la nobleza eran educados de manera estricta. Aline Rouselle lo describe de la siguiente forma: el niño “no es alimentado por su madre, su cuna está colocada en la habitación de la nodriza, a veces tiene varias nodrizas, para que no se aficione a ninguna y no sufra demasiado por la separación si una de ellas deja de alimentarlo, se marcha o muere; esta nodriza o estas nodrizas sólo se ven a las horas de tomar el pecho o del baño”<sup>12</sup>. Los mecanismos autoritarios del padre son vehiculados a través de la nodriza y no de la madre. Dos tipos de mensajes recibe el niño, por un lado, la madre que le habla en latín; por el otro, normalmente la nodriza es griega y se dirige a él en su lengua. De manera que “las palabras del padre y su autoridad pasan por mediación de la nodriza y el pedagogo”<sup>13</sup>. Siguiendo a Quintiliano<sup>14</sup>, el niño aprende griego, a la vez del latín. Ya que en estas primeras edades, puede ir aprendiendo cosas<sup>15</sup>. La palabra *educatio*, significa crianza de un niño, de ahí su instrucción y formación: la comadrona *educit*, hace salir, saca y, metafóricamente, alimenta y educa; en cambio, la nodriza *educat*, nutre y de ahí también educa<sup>16</sup>. El *paterfamilias* sigue ejerciendo el *ius vitae necisque*, aplicando castigos corporales, los cuales son públicos con el objetivo de corregir el comportamiento del niño.

Como se deduce del título de este artículo, el nervio fundamental del mismo está dedicado a la enseñanza del Derecho en el mundo romano. Y tal y como sucede con la educación en general, aquella se encuentra sometida a un intenso proceso evolutivo. A diferencia de lo visto anteriormente, que se asienta en fuentes literarias, una de las fuentes que nos ha llegado para el estudio de la enseñanza del Derecho es el *liber singularis Enchiridii* de Pomponio. De él conocemos lo que aparece en D. 1,2,2 (*libro singulari Enchiridii*). Los primeros pasos se dan en el ámbito familiar; como el propio Aulo Gelio destaca, los padres enseñan a sus hijos las letras, el Derecho y las leyes<sup>17</sup>. En estos primeros tiempos, la enseñanza del Derecho “no está formalizada, ni siquiera en una escuela de Derecho, los discípulos rodeaban al jurista que dictaminaba, oían sus respuestas y se les permitía explicar con él razones en pro y en contra”<sup>18</sup>. También en el

<sup>11</sup> Thomas, Y. (1988), “Roma, padres, ciudadanos y ciudad de los padres (s. II. a. C.- s. II d. C.)”, en Burguière, A.- KlapischZuber, Ch.-Segalen, M.- Zonabend, F. (dirs.), *Historia de la familia*, I (prol. Lévy Strauss, C.- Duby, G.; trad. esp. Nestor Mínguez), Madrid: Alianza Editorial, p. 238.

<sup>12</sup> Rouselle, A., “Gestos y signos de la familia en el Imperio romano”, en Burguière, A.- KlapischZuber, Ch.-Segalen, M.- Zonabend, F. (dirs.), *Historia de la familia*, cit., p. 247.

<sup>13</sup> Rouselle, A. *Ibid.*, pp. 266-267.

<sup>14</sup> Quintiliano, 1, 1, 12; 1, 3, 18.

<sup>15</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit., p. 198.

<sup>16</sup> Guillén, J., *Ibid.*, p. 191. El tema de la educación en Roma ha sido también tratado desde una óptica generalista en Castresana, R. (1963), *La enseñanza en la antigua Roma*, Oviedo; Marrou, H. I. (1970), *Historia de la educación en la Antigüedad*, Buenos Aires; Bowen, J. (1976-1979), *Historia de la Educación occidental*, I. *El mundo antiguo*, Barcelona: Herder; Capitán Díaz, A. (1980), *Historia de la educación*. I. *Edades antigua y media*, Granada.

<sup>17</sup> Aulo Gelio, *Noct. Att.* 1, 23.

<sup>18</sup> Agudo, A. (1999), *La enseñanza del Derecho en Roma*, Madrid: Reus, p. 33. En el ámbito de la doctrina romanística española ha habido algunas aproximaciones, vid. Hernández Tejero, F. (1944), “Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma desde los orígenes hasta Justiniano”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 14, pp. 137-167; Sánchez del Río y Peguero, C. (1956), “Apuntes para un intento de interpretación sociológica de la enseñanza del Derecho en Roma”, *Revista de Educación*, 40, pp. 110-118; Iglesias Redondo, J. (1987), *La técnica de los juristas romanos*, Madrid; Reinoso, F. (1988), “La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego”, en *Estudios-homenaje al prof. J. Iglesias*, II, Madrid, pp. 1021-1040; García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y*

marco de esos primeros contactos con la educación jurídica, en la República se observa una influencia del pensamiento helenístico. Dicha influencia fue importante. Para F. Schulz a esta época se la denomina “The Hellenistic period of Roman jurisprudence”<sup>19</sup>. Las clases aristocráticas y dirigentes entraron en contacto con las diferentes escuelas, de la que destacaríamos el estoicismo, que tuvo un mayor desarrollo en Roma. A través de la filosofía griega “se generalizó el método lógico de sistematizar la materia que se estudiaba... distribuyéndola en tratados parciales homogéneos, el método de definir conceptos abstractos, de dividirlos y subdividirlos en géneros y especies, de distinguir entre conceptos análogos estableciendo sus puntos de contacto y sus diferencias”<sup>20</sup>. La helenización contribuye a integrar diferentes métodos para hallar la verdad: el deductivo, que parte de un principio general y lo aplica a casos particulares; el inductivo empírico, que parte de la observación de multitud de casos particulares para descubrir en ellos una norma constante; el analítico que distingue, examina y valora los diversos aspectos de una cosa<sup>21</sup>.

A partir de la época clásica todavía no se conforma un sistema institucional. El acto de enseñar se reduce a que el jurista transmite su ciencia al discípulo. Bien es verdad que existían *scholae* que agrupaban a diferentes grupos de juristas como los Sabinianos y los Proculianos. Pero, como considera Cannata, no debemos “caer en el craso error consistente en considerarlas como instituciones escolares”<sup>22</sup>. Con todo, se comienzan a configurar los primeros alumnos, considerados como “oyentes”, aunque se trata más bien de “auditores”, seguidores del jurista reconocido como maestro, que junto a él iban adquiriendo su formación jurídica sin plan ni programa previo<sup>23</sup>. Poco a poco se vislumbran las *stationes in publice docentium aut respondentium*, ahora, no debe pensarse que son centros donde se desarrolla una enseñanza formalizada del Derecho. Se trata de una enseñanza sin la organización convencional de un plan de estudios, un programa, un horario, ni mucho menos alumnos matriculados<sup>24</sup>. En la parte occidental del Imperio no tenemos Escuelas en sentido institucional, sin embargo en la parte oriental empiezan a destacar las Escuelas de Berito y Constantinopla, donde se vertebra una organización institucional de los estudios jurídicos.

Planteadas, pues, estas premisas introductorias, pasamos a analizar la educación en sus diferentes niveles, junto a la enseñanza del Derecho desde sus orígenes más remotos hasta la época justiniana.

## 2. Algunas observaciones sobre la educación romana y sus diferentes niveles de enseñanza.

La educación romana se enmarca dentro de un contexto urbano y contiene elementos procedentes del mundo griego, aunque tenemos referencias de ciertos ámbitos rurales (*vici*) donde se ejerce alguna actividad educativa. Pero, los habitantes de dichas aldeas

---

*formación de juristas*, cit., pp. 35-55; AA. VV. (1996), *Poder político y Derecho en la Roma clásica* (dir. J. Paricio), Madrid: Universidad Complutense.

<sup>19</sup> Citado por: Domingo, R. (2004), “Juristas romanos”, en *Diccionario de Juristas Universales*, I. Madrid: Marcial Pons, p. 94.

<sup>20</sup> De Churruca, J.- Mentxaka, R. (2015), *Introducción histórica al Derecho romano*, 10ª ed. Bilbao: Public. Univ. de Deusto, pp. 67-68.

<sup>21</sup> De Churruca, J.- Mentxaka, R., *Ibid.*, pp. 68-69.

<sup>22</sup> Cannata, C. A. (1996), *Historia de la ciencia jurídica europea* (trad. esp. Gutiérrez Masson, L.), Madrid: Tecnos, p. 69.

<sup>23</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 44, nt. 21.

<sup>24</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Ibid.*, p. 45.

aprendían a leer y escribir y, posteriormente, se trasladaban a las ciudades, controladas por oligarquías urbanas<sup>25</sup>.

En el tema de la educación en Roma se pueden distinguir las siguientes etapas: época monárquica y república primitiva (s. VIII a. C.- III a. C.); época que abarca desde las guerras Púnicas y el periodo de los Antoninos (s. III a. C.- S. II d. C.) y periodo correspondiente al Bajo Imperio en adelante<sup>26</sup>.

En los primeros pasos del niño, su relación con sus progenitores va a marcar mucho su orientación educativa. El propio Pascal Quignard refiere que: “los romanos estimaban que en la unión de los esposos el papel primordial correspondía a la mujer y ella era la que más se comprometía al pacto de *castitas* que cerraba con el hombre, quien era en todo momento la dueña, prodigándole cuidados al esposo y llevando a cabo la crianza de los niños, dependiendo todo de su fecundidad y maternidad... por eso la palabra romana que designa el matrimonio concierne únicamente a la mujer. En su forma latina *matrimonium* expresa el devenir madre de la mujer que se transforma en matrona”<sup>27</sup>. En estas primeras épocas la educación se encuentra alojada en un marco estrictamente familiar. Si bien en aquellas casas de alto rango, correspondientes al patriciado y a la *nobilitas*, hay que matizar que “el recién nacido se le confiaba a una nodriza que hace mucho más que amamantar; la educación de los chavales, hasta la pubertad le está confiada a un pedagogo, llamado también criador (*nutritor, tropheus*)”<sup>28</sup>. Se produce, pues una “vice-familia” donde convergen nodriza, pedagogo y que encaja según algunos estoicos en una triple visión del amor por parte de los hijos, fruto de la fusión entre naturaleza y razón, hacia la madre, su ama de cría y su pedagogo.

Los preceptores solo los tenían las clases más privilegiadas, tanto en los ámbitos urbanos, como rústicos. Éstos eran maestros que enseñaban las primeras letras. Para Guillén, el *pedagogus* acompaña en todo momento al niño. Lo recibe de manos de la nodriza, que lo ha criado hasta ese momento, casi con toda independencia de la madre<sup>29</sup>. Aquel deberá hablar correctamente para corregir todas aquellas expresiones orales que el niño no pronuncie correctamente<sup>30</sup>. Muchos de estos preceptores eran de origen griego, por lo que al niño se le hablaba en lengua griega.

Pero diferentes fuentes literarias refieren la educación en el ámbito de la *domus* y también la presencia de las escuelas, especialmente cerca del foro romano y mezcladas entre las *tabernae*<sup>31</sup>. Según Paul Veyne: “la escuela es una institución reconocida, el calendario religioso señala las vacaciones escolares y las clases eran por la mañana”<sup>32</sup>. Es obvio que la presencia de una serie de preceptores en la casa familiar exigía unos gastos que no todas las familias podían sostener. Además, existían posturas encontradas sobre la conveniencia de que la educación del niño se realizara exclusivamente en el mundo

<sup>25</sup> El influjo griego se observa al subrayar la importancia de la gimnasia y la música. Veyne, P. “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, cit., p. 227, nt. 1.

<sup>26</sup> La periodificación propuesta es la de León Lázaro, G., “La educación en Roma”, cit., p. 472.

<sup>27</sup> Quignard, P. (2006), *El sexo y el espanto* (trad. esp. Ana Becía), Barcelona: Edit Minúscula, p. 22.

<sup>28</sup> Veyne, P., “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, cit., p. 28.

<sup>29</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit., pp. 215-216.

<sup>30</sup> Quintiliano, 1,1,8-11; Séneca, *Ep.* 94,8. Pese a este sistema de educación extendido en las clases más aristocráticas, nos encontramos fuentes con algunas opiniones disidentes sobre dicho sistema de educación, considerando no muy plausible que cuando nazca el niño su educación se le otorgue a personas extrañas. Vid. Tácito, *Dial.* 29; Plut. *Ner.* 6; Plut. *De Educ. puer.*, 7, 4. Para un análisis en profundidad vid. Guillén, J. *Ibid.*, pp. 202-226.

<sup>31</sup> Tito Livio, 6, 25, 8-9; Plutarco, *Romulo*, 6.

<sup>32</sup> Veyne, P., “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, p. 32.

familiar. El niño se manda también a la escuela para que comience a tener los primeros lazos sociales.

Estos modelos educativos se fueron extendiendo por las diferentes provincias. Por lo que se refiere a la península ibérica “el testimonio más antiguo de la existencia de escuelas lo proporciona Estrabón, al mencionar a Asclepiades de Mirlea que enseñó gramática hacia el sur en el 100 a. C. también Sertorio, en el contexto de las guerras civiles, iba a reunir en Osca a los hijos de las mejores familias locales para instruirlos en los valores romanos, asegurándose de paso la fidelidad de los jefes indígenas”<sup>33</sup>. En Hispania, en las zonas más romanizadas de la República nos encontramos con escuelas públicas. A partir del Bajo Imperio “la red de escuelas parecía cubrir toda la península de norte a sur. Pequeños centros mineros, en la Lusitania meridional, han dejado testimonio de ello, en tanto que los núcleos urbanos de mayor importancia contaban con gramáticos latinos o griegos, incluso con profesores de retórica, igualmente en griego o en latín; una inscripción gaditana ofrece amplia noticia de Troilo *retor* en aquella importante ciudad marítima y comercial”<sup>34</sup>. Ahora bien, los grandes autores que aportó la Hispania romana, como por ejemplo Séneca, Quintiliano y otros, a la hora de acometer su formación superior la realizaron en la ciudad de Roma.

Hasta los doce años los destinos del niño y la niña eran los mismos, pero a partir de esa edad se procedía a la separación de roles. Sólo los varones continuaban estudiando, especialmente los de clase nobiliaria y de economía solvente, siendo los diecisiete años cuando el adolescente abandonaba los símbolos de la infancia (*toga praetexta*) y comenzaba un nuevo proceso educativo con la toga viril. La mujer, excepcionalmente, contaba con un preceptor que le enseñaba los clásicos. Hay que añadir que a los doce años la chica se halla en edad núbil. Algunas estaban ya otorgadas a un marido a esta edad tan precoz. En las buenas familias, además, se encierra desde entonces a las muchachas en la prisión sin barrotes de la casa, con las labores de la rueca, que sirve para demostrar que no pasan el tiempo haciendo nada malo<sup>35</sup>.

No se puede medir el nivel de educación que tiene la sociedad romana, pero tomando como referencia los grafiti pompeyanos nos encontramos con una interesante información de la que se desprende que todo el mundo parece haber sabido leer y escribir. La instrucción elemental no faltaba ni siquiera a los más humildes esclavos. En la parte inferior de los muros se encuentran alfabetos escritos por manos de niños orgullosos de mostrar su pequeño saber. Escolares más avanzados inscriben el nombre de los héroes homéricos que les depara la lectura del día<sup>36</sup>.

Ese nivel de educación no sirve para amortiguar la distancia entre hombre y mujer, a excepción de las sacerdotisas de Vesta, que como señala Eva Cantarella, gozaban de un gran prestigio social y de muchos privilegios, entre otros se encontraban exentas de tutela, con muchos siglos de antelación con respecto a otras mujeres, además eran capaces de hacer testamento sin necesidad del permiso masculino. Algunos sostienen, sobre la base

---

<sup>33</sup> Gutiérrez Cuadrado, J. et alii., “Educación y Enseñanza”, cit., p. 538.

<sup>34</sup> Ibid., p. 539.

<sup>35</sup> Veyne, P., “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, p. 32. Debemos tener en cuenta que el paso de la toga *praetexta* a la toga viril marcaba el paso a la edad adulta y el acceso a los derechos del ciudadano. Sobre la incidencia de la vestimenta en la sociedad romana vid. Grimal P. (2011), *La vida en la Roma antigua* (trad. esp. S. Schiumerini- F. Schiumerini), Barcelona: Paidós, pp. 25-29.

<sup>36</sup> Así lo describe Grimal, P., Ibid., p. 110.

de esta consideración, que las Vestales eran mujeres emancipadas, cuya condición habría abierto un camino hacia la emancipación general de la población femenina<sup>37</sup>.

Los romanos empiezan a sentirse orgullosos de su nivel cultural. Muchas fuentes, especialmente papirológicas, atestiguan la presencia de “iletrados que tenían que acudir a otros para que sostuvieran la pluma; junto con gentes del pueblo que sabían escribir, incluso había textos literarios ya clásicos en los más ínfimos villorios; los libros de los poetas en boga llegan a todas las partes del mundo”<sup>38</sup>. Esa expansión de la cultura se manifiesta en los varones de doce años que continúan los estudios bajo el control de un gramático para el acercamiento a la literatura y la mitología.

La educación se plantea, pues, entre la familia y la escuela. Conozcamos algunos aspectos de esta última, siguiendo los contenidos, apoyados en textos literarios interpretados por José Guillén<sup>39</sup>. Así, la terminología que nos encontramos en relación a la palabra escuela es *ludus* y, posteriormente, el término griego *schola*. Desde el punto de vista institucional no existían formalidades para abrir una escuela. El Estado en estos primeros momentos no interviene. Su ubicación, como hemos señalado anteriormente, era en locales abiertos (*tabernae*). Normalmente, abiertas a la vía pública, pues la gente de la calle oía las voces de los niños (Marcial, 12,57,5)<sup>40</sup>. El mobiliario escolar era muy sencillo. Los niños escriben apoyados en las rodillas. En cuanto a materiales docentes, en las clases de aritmética se cuenta con un *abacus*, junto con esferas y figuras geométricas. Los niños llevaban una cartera (*capsa*), pero por la calle la llevaba el *pedagogus* que lo acompañaba a la escuela, en otras ocasiones era un esclavo el encargado de llevarle los libros<sup>41</sup>. Lo más normal es que los padres abonaran los honorarios al maestro, aunque no se les podía obligar legalmente, porque la ley nunca reconoció este salario, fiel a la tradición según la cual la enseñanza era gratuita. Ante todo porque no se encuentra desarrollada la idea de una relación laboral de naturaleza retribuida, pues estos sujetos que realizaban una profesión liberal eran considerados como una clase aparte<sup>42</sup>. La literatura satírica, de la mano de Marcial y Juvenal, señala que el oficio de maestro “además de poco considerado y de ser sumamente fatigoso, estaba muy mal pagado” hasta que en el año 301 d. C. Diocleciano fija el salario de un *magister institutor litterarum*, como el del pedagogo, en 50 denarios por alumno al mes<sup>43</sup>. Los alumnos reciben sus lecciones de este *ludi magister*, cuya situación social es calificada de *indignissima*. Como señala J. Guillén: “a pesar de la triste figura del *ludi magister*, estos hombres hicieron mucho bien para la instrucción del Estado y prestaron un servicio maravilloso al pueblo

<sup>37</sup> Cantarella, E. (2017), *Instituciones e Historia del Derecho romano. Maiores in legibus* (trad. esp. Núñez Paz, M. I.-Rubiera Cancelas, C.), Valencia: Tirant lo Blanch, p. 176.

<sup>38</sup> Veyne, P., “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, cit., pp. 31-32. Aunque se utilizara la escritura para cosas muy elementales como pequeñas cuentas, grafiti... cuando se trataba de ponerse en contacto con altas instancias y se debía redactar un documento público, se acudía a un escribano (*notarius*). Vid. Fernández de Buján, A. (2005), “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 12, pp. 109-132; Idem (2004), “Documentación y Notariado en Derecho romano”, *Revista General de Derecho romano*, 3, (portal on line www.iustel.com).

<sup>39</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit., pp. 216-235.

<sup>40</sup> Curioso es lo que cuentan C. Nepote y Plutarco de que Cicerón siendo niño sobresalía entre sus compañeros de una forma extraordinaria, hasta el punto de que los demás lo admiraban y respetaban como un rey (Nep., *Cic.* 1; Plut., *Cic.* 2). *Ibid.*, p. 217.

<sup>41</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit., pp. 218-219.

<sup>42</sup> Sobre la problemática de los honorarios de aquellos que realizan artes liberales o *ingenuae*, vid. Rodríguez Ennes, L. (1996), “Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los *advocati*”, en *Poder político y Derecho en la Roma clásica*, cit., pp. 133-138.

<sup>43</sup> Juvenal, 10,116; Hor., *Sat.* 1, 6, 76; Plin., *Ep.* 1, 8, 11.

romano. Si los individuos resultaban desagradables, la obra colectiva que realizaron fue singularmente provechosa y tanto más admirable cuanto menos agradecida”<sup>44</sup>.

Entre los doce y los dieciséis años, los hijos de las clases nobiliarias y con un buen poder adquisitivo seguirán estudiando. Al profesor del nivel medio o secundario se le conoce como *gramaticus*, pues la finalidad es que el alumno domine la lengua. El prestigio social de este profesor era más elevado que el del *ludi magister*, así en el Edicto de precios de Diocleciano se le atribuye una retribución de doscientos denarios por alumno y mes. Los contenidos se fundamentaban en los autores clásicos y la metodología se apoyaba en el comentario de texto y la memorización. Cuando los alumnos dominaban la lectura y la escritura, perfeccionaban esta última y aprendían a resolver problemas de matemáticos con la ayuda del *librarius* y del *calculator*<sup>45</sup>. Los gramáticos –como venimos diciendo- eran de una condición superior a los maestros de escuela, pero eran contratados, siendo libertos o antiguos preceptores que eran manumitidos, por sus cualidades profesionales. De ahí que Guillén refiera la existencia de “profesores brillantes que exigían un salario más elevado, como Remio Palemón y L. Apuleyo que rondaba alrededor de 400.000 sextercios”<sup>46</sup>.

Al margen de las disciplinas referidas, se impartían otras materias como la música, la astronomía, filosofía y algo de oratoria, especialmente en el ámbito de la declamación.

A partir de los catorce años, el muchacho abandona su indumentaria infantil; a los dieciséis se aleja definitivamente de los símbolos de la infancia y a partir de los diecisiete puede optar por una carrera pública o decantarse por el ejército. La juventud romana que se inclina por el servicio militar lo hace a través del *tirocinium militae*, inicialmente como *militēs* de tropa y, posteriormente, en función de la procedencia social, entrará en los diferentes rangos de la carrera militar (*tribuni militum*). Por último, dentro del proceso de aprendizaje y antes de iniciar otras actividades públicas, el joven adquiría destrezas en el ámbito de la educación informal, normalmente estas tareas eran encargadas a un amigo de la familia con experiencia que lo iba formando en las diferentes problemáticas de la ciudad y le iba cincelandando para el futuro trato con la gente<sup>47</sup>.

### 3. Rasgos fundamentales de la enseñanza superior: la irrupción de la retórica.

Al terminar la instrucción militar entre los 17 y 20 años, los muchachos podían cursar “estudios de grado superior” en escuelas parecidas a las descritas en otros grados, creadas a título particular o por iniciativa del Estado<sup>48</sup>. El objetivo de estas escuelas era la formación retórica y política de los jóvenes con un mayor potencial y méritos, finalizada la formación militar. Las fuentes al respecto son esencialmente griegas, pero en latín contamos con obras fundamentales como: *Rhetorica ad Herennium* de Cicerón, la obra

<sup>44</sup> Guillén, J. *Urbs Roma*, cit., p. 223.

<sup>45</sup> Novillo López, M. A., “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, cit., p. 133.

<sup>46</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit, p. 228. Vid. Suetonio, *Gramm.* 9; 17,1; Plin. *N. H.* 35, 199; *Inv.* 7, 215-242.

<sup>47</sup> Novillo López, M. A., “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, cit., p. 134.

<sup>48</sup> En principio se empieza a enseñar la Retórica, bajo una metodología griega, pues a mediados del siglo III a. C la cultura griega irrumpe en el mundo romano a través de los griegos establecidos en la Italia meridional. Los jóvenes se inclinan por todas las expresiones de la cultura griega como música, canto, danza... y sobre todo por la retórica. En el año 161 a. C. se prohíbe por parte del Senado la presencia de retóricos y filósofos de origen griego (Suet. 25,1). El Estado romano se comporta de forma hostil ante la influencia helenizante. Personas ilustres como Catón, guardián de la tradición romana, logra en el año 154 a. C. del Senado la expulsión de los filósofos Carneades, Diógenes de Babilonia y Critolao, legados de la ciudad de Atenas (Plut. *Cat. Ma.* 22). Vid. Agudo, A. (1997), *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*. Logroño-Zaragoza: Univ. de la Rioja- Egido editorial, pp. 25-30.

de Suetonio *De Grammaticis et rhetoribus* y, por encima de todos, la figura de Quintiliano con *Institutio Oratoria*, I,II,III, IV, V, VIII y IX.

De la misma forma que en la clase del gramático se estudiaban los poetas; en las aulas de los retóricos, los alumnos analizaban y leían a los historiadores y a los oradores. Es curioso cómo Quintiliano (2,5,4-6) introduce el sistema rotatorio de lecturas en clase: los demás alumnos permanecen en silencio y uno de ellos lee al auditorio la cuestión propuesta, para que éste desarrolle la destreza de hablar en público.

El docente de este nivel de enseñanza puede tener orígenes griegos y es conocido como *rethor*. Su posición era de gran nivel. Juvenal (*Sat.* 7, 186-187) relata la importancia de la figura de Quintiliano que podía llegar a cobrar 2.000 sextercios. Los estudiosos de oratoria y retórica trataban de preparar a los alumnos para la carrera política y para formarse en los estudios jurídicos. Bien es verdad que “la argumentación retórica fue algo accesorio al modo de hacer de los jurisconsultos romanos, pero sí desempeñó un modesto papel, inevitable, en la plaza pública, en el foro, donde con gritos y gestos los juristas novatos intentaban atraer la atención del público e influir en el ánimo de jueces”<sup>49</sup>. La retórica no influye tanto en los juristas, sino que se proyecta en los abogados (*advocati*), pues éstos no eran expertos en Derecho, sino más bien sus argumentos se referían a los hechos.

El método de trabajo de la enseñanza superior descansa en la praxis. Se realizaban las siguientes actividades: *declamationes* (expresión), *imitatio* (modelos), *elocuentia* (estilo propio), *suasoriae* (monólogos históricos sobre personajes famosos), *controversiae* (debates-coloquios entre dos estudiantes que argumentaban y defendían opiniones contrarias sobre temas relevantes de diversa índole)<sup>50</sup>. Como refiere García Garrido, a las escuelas superiores asistían pocos alumnos, allí el alumno “se ejercita en la *declamatio*. El tema o asunto sobre el que el alumno se ejercitaba en la declamación se reducía a una propuesta de consejo –las *suasoriae*- o una propuesta de debate-*controversiae*”<sup>51</sup>. Toda esta metodología debe ir acompañada por parte del alumno, con el ejercicio y cultivo de la memoria, aspecto clave en la formación del orador<sup>52</sup> Quintiliano entiende que desde la infancia la memoria es un signo de inteligencia, para aprender y retener fácilmente<sup>53</sup>.

El objetivo y finalidad de las diferentes técnicas: *suasoriae* o *controversiae*, pretenden formar a retóricos, quienes “tienden al abuso de giros y rodeos para embaucar a los oyentes, en cambio el lenguaje del jurisconsulto es más preciso, directo e incisivo. El retórico buscará éxitos externos, impulsado por el afán de lucro, el jurisconsulto buscará la justicia... el jurista se empeña por lograr la seguridad, en tanto que el orador en crear una ilusión”<sup>54</sup>. Todos estos peligros que pueden acompañar a la oratoria quedan amortiguados en casos como el de Cicerón, ya que gracias a su importante cultura, difícilmente caía en el abuso. Así, el retórico ha de estar acompañado de otras destrezas y ciencias. En Roma, en el ámbito de la oratoria, se mezcla un estilo denominado “asiático”, lleno de ampulosidad y colorido, frente a un estilo “ático” de naturaleza más

<sup>49</sup> Casado Candelas, M. J. (1994), *Primae lucas. Una introducción al estudio de la jurisprudencia romana*, Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid, p. 53.

<sup>50</sup> Novillo López, M. A., “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, cit., p. 134; Agudo, A., *Abogacía y abogados*, cit., p. 43.

<sup>51</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 42.

<sup>52</sup> Cicerón, *De Orat.* 1, 144-153; 157-159; Quintiliano, *Inst. orat.* 2, 7; 11, 2.

<sup>53</sup> Quintiliano, 2,7,3. Además, a través del estudio de los grandes discursos, los alumnos almacenan un tesoro de recursos para cuando les sea necesario (Quintiliano, 2,7,5).

<sup>54</sup> Casado Candelas, M. J., *Primae lucas*, cit., p. 53.

concisa y sencilla. Cicerón, gran conocedor del arte oratorio, aprendió en Grecia el ritmo y la musicalidad, con una acumulación de sílabas largas y breves en su discurso<sup>55</sup>.

La obra de Quintiliano, *De institutione oratoria*, recoge sus reflexiones para mejorar el proceso de enseñanza. También introduce elementos de renovación pedagógica. Le da un papel relevante al maestro, como mediador en el proceso de aprendizaje, e importancia al modo en que el maestro debe dirigirse a los alumnos, ya que el trato a los escolares era bastante rígido y desabrido<sup>56</sup>. En otros fragmentos de su obra encontramos procedimientos para imprimir dinamismo en las aulas, de cara a obtener buenos resultados<sup>57</sup>. Era consciente de la importancia para el ciudadano de la formación oratoria, la cual debía ser ejercitada por sujetos de conducta bondadosa y sabia. Son muchas, pues, las contribuciones de Quintiliano entre las que podemos destacar: el docente ha de recurrir a la empatía poniéndose en el lugar de los padres como fuente de formación; la mesura es la clave en la comunicación del docente; la motivación del alumno es clave en el proceso de enseñanza y aprendizaje, por lo que apostó por una metodología operativo-participativa en la que el alumno se convertía en protagonista de dicho proceso y el maestro en tutor o guía; el alumno debe aprender por medio de la observación y la reflexión; no es necesario recurrir al castigo físico y sí al reconocimiento<sup>58</sup>.

A partir de la instauración del Principado, la elocuencia se va alejando del foro, por los límites a la libertad que van imponiendo los emperadores. La oratoria política de la República es reprimida. Se invita a que ésta sea desarrollada en las escuelas de retórica, con el objeto de despolitizarla y realizarla por los funcionarios administrativos de una forma aséptica. La libertad política de que se alimentaba la oratoria es sustituida por la voluntad del *princeps*. La oratoria viva, dinámica y rica va a ser relevada por una oratoria artificial, banal y reiterativa<sup>59</sup>.

Si en la República la enseñanza de la retórica constituía una parcela del ámbito privado, a partir de la irrupción de los emperadores se inicia una política intervencionista y los profesores de retórica ejercitarán su actividad en lugares públicos. El Estado se hace cargo de la retribución de los profesores. Se empezarán a crear escuelas con sus correspondientes cátedras. Por ejemplo, Vespasiano creará en la ciudad de Roma una destinada a retórica latina, que desempeñará como primer titular Quintiliano, y otra de retórica griega. Igualmente, Marco Aurelio dotará en la ciudad de Atenas una cátedra de retórica y cuatro de filosofía, correspondientes a las cuatro grandes escuelas: estoicos, epicúreos, platónicos y aristotélicos. El lugar donde se imparten las clases son salas en forma de exedra. El aumento de estos centros de enseñanza obedece a la creciente burocratización que trae el nuevo sistema político, que demanda una administración pública cada vez más extensa y capacitada, por lo que el control e intervención de dichas escuelas es fundamental para acometer la formación y reclutamiento de diferentes funcionarios<sup>60</sup>. El propio Adriano crea una importante red de escuelas en todo el Imperio, “las dota convenientemente y concede pensiones a los retores más célebres. Crea el

<sup>55</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., pp. 43-44.

<sup>56</sup> Quintiliano, 2, 2, 8.

<sup>57</sup> Quintiliano, 1, 2, 7.

<sup>58</sup> Vid. Novillo, M. A., “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, cit., p.137, donde aparecen otras contribuciones como la necesidad de tener presentes los derechos y deberes del profesor y el alumno.

<sup>59</sup> Agudo, A., *Abogacía y abogados*, cit., pp. 54-55; Alberte, A. (1987), “Implantación y evolución de la retórica latina”, en G. Morocho (coord.), *Estudios de drama y retórica en Grecia y Roma*, León, pp. 259 ss.

<sup>60</sup> Vid. Bowen, J. *Historia de la educación occidental*, cit. pp. 273 ss.; Marrou, H. I., *Historia de la educación en la Antigüedad*, cit., pp. 389 ss.

*Athenaeum*, edificio magnífico con grandes salas donde enseñan los retores griegos y latinos a muchísimos jóvenes”<sup>61</sup>.

#### 4. Los orígenes históricos de la enseñanza del Derecho. Problemática de la influencia griega.

La evolución de la enseñanza del Derecho en Roma tiene algunos elementos comunes con la educación general. Por un lado, un predominio privado en cuanto a su organización y, a medida que nos introducimos en la época clásica, un claro intervencionismo estatal. Por otro, la presencia de una influencia de la filosofía griega, pero no desde una perspectiva sustancial, sino más bien instrumental.

Hemos de partir de la premisa que, en sus orígenes más remotos, el Derecho y la religión (*ius-fas*) se encuentran interconectados, por lo que en estos primeros momentos la formalización de lo jurídico está reservado al Colegio de Pontífices, quienes hacen de puente entre lo divino y lo humano. La difusión y exteriorización del Derecho está en manos de los pontífices, con un riguroso formalismo y en un marco de secretismo. El pueblo rústico y de poca cultura, inmerso entre los siglos VII a. C. a IV a. C., se encomienda a los depositarios de las fórmulas secretas del Derecho, no sólo por el prestigio (*auctoritas*) de éstos, sino por la capacidad que tienen para resolver los conflictos. El Derecho prácticamente no se exterioriza y, como indica Letizia Vacca: “la struttura autoritativa del responso eludeva ogni necessità di motivazione”<sup>62</sup>. Los pontífices tienen su método propio para la elaboración de normas y el hecho de que este método no fuera accesible, no estuviera al alcance del vulgo inculto, analfabeto, es lo que convertía su saber en algo misterioso, en ciencia secreta<sup>63</sup>. La publicidad del Derecho es patrimonio exclusivo de los pontífices, pertenecientes a la clase del patriciado. Su ciencia era considerada por Cicerón (*Pro Murena*, 9,19) como “tenue, solo para expertos, para iniciados, capaces por tanto de comprenderla”<sup>64</sup>.

Progresivamente, Derecho y religión se van distanciando y se produce un proceso de secularización del conocimiento jurídico. Hay una serie de hechos que son sumamente decisivos: Pomponio nos describe cómo el escriba de Apio Claudio, llamado Cneo Flavio, se apodera del libro de fórmulas secretas en manos de aquél y las hace públicas. Igualmente, nos encontramos con la figura de Tiberio Coruncanio (s. III a. C.), primer pontífice que emite los primeros responsa en público<sup>65</sup>. El mismo Pomponio afirma que aunque de Tiberio no se conocen muchas obras escritas, sí se le conoce por *responsa complura et memorabiliae ius fuerunt*<sup>66</sup>. Como refiere Letizia Vacca, siguiendo a Cannata, Tiberio Coruncanio inaugura el “insegnamento pubblico del Diritto”. Los alumnos a partir de este momento se acercan a la *scientia iuris* a través de discusiones con su maestro, el cual transmite a aquellos sus respuestas y pareceres<sup>67</sup>.

Durante la monarquía, a través del colegio de pontífices, el Derecho está en manos de éstos, como monopolio, con el objeto de apuntalar la superioridad política de la clase patricia. Como afirma Kunkel, la enseñanza del Derecho fue solo accesible a los miembros del Colegio, quienes de forma secreta se iban transmitiendo de generación en

<sup>61</sup> Guillén, J., *Urbs Roma*, cit., p. 260, nt. 526.

<sup>62</sup> Vacca, L. (2012), *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, 2ª ed. Torino: Giappichelli editore, p. 12.

<sup>63</sup> Casado Candelas, M. J., *Prima luce*, cit., p. 15.

<sup>64</sup> Casado Candelas, M. J., *Ibid.*, p. 18.

<sup>65</sup> Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 7; D. 1, 2, 2, 35.

<sup>66</sup> Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 38.

<sup>67</sup> Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, cit., p. 15, nt. 21.

generación la metodología para aplicarlo<sup>68</sup>. Por tanto, la aportación de Tiberio Coruncanio es muy relevante, pues –como lo presenta Pomponio– se trata del primer docente del Derecho romano, dando respuestas sobre cuestiones de Derecho público<sup>69</sup>, sin entrar en discusión doctrinal sobre si aparecieron otros pontífices que emitían respuestas en público, que por razones de espacio no acometemos. Es obvio que la actuación de Coruncanio combina, por un lado, el *publice respondere* y, a la vez, realiza un *publice docere*. Como ha observado Alfonso Agudo: “era lógico que fuese un plebeyo quien abriera definitivamente el camino de la Ciencia Jurídica a todos aquellos que tuvieran interés en su cultivo y no sólo a los miembros de la clase patricia”<sup>70</sup>. De manera que los primeros alumnos de Derecho serán aquellos que se situarán como oyentes (*auditores*), normalmente, de un jurista prestigioso, sin un plan de estudio reglado, ni con un programa de lecciones.

Las estructuras familiares siguen siendo, en estos primeros momentos de la historia de Roma, muy importantes para una educación fundamentada en los valores y en la moral romana. De ahí que una de las maneras de introducirse en la enseñanza del Derecho y en el aprendizaje de la práctica forense fuera por medio del “*tirocinium fori*”, por el que el alumno principiante se colocaba junto a un amigo de la familia y lo acompañaba en sus intervenciones políticas y jurídicas, tanto de Derecho público, como privado. El aprendizaje se realiza, pues, en una “situación de acompañante de un jurista experto y, naturalmente, al margen de toda suerte de escuelas. Tampoco había escuelas de ingeniería o de arquitectura y, sin embargo, fueron aprendidas estas actividades por la vía de la práctica. Dicho aprendizaje a través de esta metodología era “esencialmente práctico, nada de teorías, nada de conceptos generales, completamente personalizado, entre la persona que enseña y el que aprende hay una relación personal, familiar o cuasi-familiar y absolutamente informal, sin programa, sin calendario, sin escuela”<sup>71</sup>. Además, como narra Cicerón (*De legibus*, 2,23,59), desde muy pronto los escolares aprendían de memoria y por obligación la Ley de las XII Tablas. Se trata, por tanto, de un periodo histórico donde el Derecho, al igual que en otros pueblos de la Antigüedad, venía caracterizado por un formalismo exacerbado; pero también la sociedad romana y los ciudadanos que la componen, tienen un gran respeto a la tradición, reflejado en el seguimiento absoluto de las costumbres de los antepasados, que se imponen en virtud de la reverencia romana de la *auctoritas* como pauta de comportamiento<sup>72</sup>.

A partir de la introducción del procedimiento de las *legis actiones* y su continuación en el *agere per formulae*, con una bipartición en fases, el jurista en la fase *in iure* realiza una labor callada, fijando los términos jurídicos del litigio, mientras que en la *apud iudicem* interviene el *orator* o abogado, protagonista de los debates, por medio de su elocuencia, de cara a convencer al *iudex* a favor de sus representados. El abogado también recibe la denominación de *patronus*, como persona encargada de hablar en nombre de las

---

<sup>68</sup> Kunkel, W. (1989), *Historia del Derecho romano* (trad. esp. J. Miquel), Barcelona: Ariel, p. 106.

<sup>69</sup> Pomp. *lib. sing. ench* D. 1, 2, 2, 35.

<sup>70</sup> Agudo, A., *Abogacía y abogados*, cit., p. 28.

<sup>71</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 41; Bowen, J., *Historia de la educación occidental*, cit., p. 240.

<sup>72</sup> D’Ors, A. (1973), “*Lex et Ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*”, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis, Cuadernos del Instituto jurídico español*, Roma-Madrid, pp. 87 ss.; Domingo, R. (1987), *Teoría de la auctoritas*, Pamplona: Eunsa, pp. 22 ss.

partes. Abogados y juristas son profesionales diferentes, aunque en ocasiones podían coincidir en una misma persona, como en los casos de Aristón y Paulo<sup>73</sup>.

Uno de los oradores más prestigiosos es, sin duda, Cicerón, buen conocedor de la materia jurídica dado que tuvo como maestros a los dos Scaevola. Es verdad que frente a los juristas mostraba una cierta superioridad, pues para él “la ciencia jurídica que tanto costaba aprender, no es tanta maravilla” (*De off.* 1,39). Incluso insistía en que quien “no puede llegar a orador, que se quede en jurisconsulto” (*Pro Murena*, 12,27;14,30). Para Fernández de Buján el conocimiento del Derecho del *orator* tenía un valor básicamente instrumental; “fue siendo cada vez más usual que el abogado, antes de iniciar la causa consultara con un jurisconsulto a fin de que éste le suministrara las armas para una defensa segura”<sup>74</sup>. Por eso en las obras ciceronianas, especialmente las retóricas, hay frases ponderativas del saber jurídico de algunos oradores, por ejemplo la que aplica a Craso: *eloquentium iuris peritissimus* (*Brutus*, 39,45)<sup>75</sup>.

Ahora bien, la formación de los juristas de esta época plantea de nuevo el dilema de la posible influencia de la filosofía griega: en qué medida la formación de los juristas se nutrió de la dialéctica aristotélica, con los presupuestos de la tópica, a través de una metodología aplicable a la retórica para construir un discurso coherente con arreglo a una opinión acreditada, en lugar de las sistematizaciones<sup>76</sup>.

La cuestión es bastante compleja, pero contamos con una amplia doctrina o, más bien, como señala Reinoso, nos encontramos con un laberinto de teorías y doctrinas que consideran dicha influencia de la filosofía helénica de una forma arrolladora en los últimos siglos de la República. Para cierto sector doctrinal, “esta influencia griega tiene tanta importancia, que incluso ha proporcionado a los juristas republicanos los métodos y la técnica para la elaboración del Derecho, trasplantando a la esfera jurídica los medios y recursos científicos de la dialéctica y de la retórica, en los que los griegos eran maestros”<sup>77</sup>. Por un lado, La Pira, basándose en las obras de Cicerón “*De oratore*” y “*Topica*”, sostiene la influencia aristotélica sobre la jurisprudencia romana. Para Schulz, la influencia de la dialéctica y la retórica es tan grande que califica a este periodo histórico como “jurisprudencia helenística”. Pero, sea cual sea el impacto de estas influencias, no afectan a la sustancia original y romana de la jurisprudencia. Stroux considera que la filosofía que fructifica no es especulativa, sino práctica y moral. Para Viehweg, en relación al método de los juristas, le niega toda posibilidad de discurso sistemático. Constituye un sistema abierto, contrario al axiomático o lógico deductivo. La tesis central de Viehweg es que el pensamiento jurídico se orienta hacia problemas y cuestiones concretas. Los postulados doctrinales serían interminables, incluso las corrientes negacionistas de tal influencia. Éstas insisten en la cualidad individual de la técnica y la

<sup>73</sup> Vid., al respecto, Fernández de Buján, A. (2015), “El abogado en Roma”, *RGDR*, 24, p. 5; Muñoz Machado, S. (2015), “La profesión elocuente”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 52, pp. 1-5.

<sup>74</sup> Fernández de Buján, A., *Ibid.*, p. 6.

<sup>75</sup> Santa Cruz Teijeiro, J. (1952), “Notas para un estudio expositivo sobre el influjo de la retórica en el Derecho romano”, *Revista de estudios políticos*, 64, p. 109, nt. 1.

<sup>76</sup> Pérez Prendes, J. M. (2010), *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid: Iustel, p. 27.

<sup>77</sup> Reinoso Barbero, F. (1988), “La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego”, en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, vol II, Madrid: Seminario Ursicino Álvarez, p. 1026-1027, con abundante bibliografía en nt. 23. Vid. también, Lombardi, G. (1967), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Roma; Bretone, M. (1971), *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli; Stein, P. (1977), “Nascita della giurisprudenza”, *Labeo*, 23, pp. 320 ss.; Talamanca, M. (1977), “Per la storia della giurisprudenza romana”, *BIDR*, 80, pp. 257 ss.; Schiavone, A. (1987), *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari.

metodología de los juristas, ajenos a influencias extrañas, aunque entendemos con Reinoso que “ante este contraste de opiniones, podemos deducir que, si bien es innegable una influencia filosófica griega en toda la vida intelectual y cultural de la República romana, que indirectamente había de influir en cierto sentido en los juristas, no puede admitirse en manera alguna un decisivo influjo sobre el método y la técnica jurisprudencial típicamente romanos”<sup>78</sup>. De ahí que las posiciones intermedias puedan ser interesantes, como Wieacker que resalta la importancia de la influencia helenística, pero considera que ello no puede llevar a exagerar la aportación griega como decisiva para la creación jurídica, puesto que el sistema jurídico romano tenía un intenso dinamismo y un alto grado de desarrollo y, simplemente, tomó de Grecia aquello que le era necesario para sus construcciones intelectuales<sup>79</sup>.

La instrumentalización del discurso, tanto por parte del jurista, como del orador, puede tener una triple naturaleza: judicial, deliberativa y declarativa. Todo ello presentado de forma sencilla en partes con los siguientes pasos: introducción, narración, argumentación y conclusión. Y a través de los grandes parámetros de la retórica: invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación<sup>80</sup>.

### 5. La enseñanza del Derecho en la época clásica. Las escuelas de juristas. Las escuelas de Derecho: *stationes ius publice docentium aut respondentium*.

Con el advenimiento del Principado se produce uno de los mayores esplendores de la jurisprudencia laica. Se empiezan a consolidar, junto al *agere* y *cavere*, tres actuaciones por parte de los juristas: *respondere*, *scribere* e *instruere*.

En los inicios del Principado aparecen dos corrientes jurisprudenciales denominadas “escuelas” o *sectae*. Una de ellas, denominada “Sabiniana” y otra “Proculiana”. Pomponio<sup>81</sup> atribuye el nacimiento de ambas a la rivalidad entre C. Ateyo Capítón –discípulo de Ofilio- que gozó del favor del príncipe y M. Antistio Labeón –discípulo de Trebacio Testa- fiel defensor de las ideas republicanas<sup>82</sup>. Estas escuelas agruparon a diferentes juristas, pero no a todos y, además, no pueden identificarse como *stationes* o escuelas dedicadas a la enseñanza, como veremos posteriormente<sup>83</sup>. Autores como Cannata explican que no se puede caer en el error consistente en considerarlas como instituciones escolares. Las escuelas de juristas no existieron nunca en Roma, en tanto subsistieron *iurisconsulti*. La ciencia jurídica pasaba de boca del jurista al oído del discípulo y el aprendizaje directo constituía una regla sin excepción<sup>84</sup>. Igualmente, Kunkel entiende que ambas *sectae* tampoco son escuelas de enseñanza: “la formación de

<sup>78</sup> Reinoso Barbero, F., *Ibid.*, p. 1029.

<sup>79</sup> Cf. los siguientes autores: La Pira, L. (1934), “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’art sistematrice”, *BIDR*, 42, pp. 336-355; Schulz, F. (1946), *History of Roman legal science*, Oxford; Stroux, J. (1949), *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Postdam; Viehweg, T. (2007), *Tópica y jurisprudencia* (trad. esp. Luis Díez Picazo), Madrid: Civitas; Wieacker, F. (1988), *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana* (trad. esp. J. Luis Linares), Granada: Comares.

<sup>80</sup> Fernández de Buján, A., “El abogado en Roma”, *cit.*, p. 6.

<sup>81</sup> Pomp. *lib. sing. ench* D. 1, 2, 2, 47.

<sup>82</sup> Domingo, R., “Juristas romanos”, *cit.*, p. 97. También, tomando como referencia a Tácito (*Ann.* 3,75), se narra cómo Capítón mantiene una actitud servil y sumisa ante los gobernantes, conducta que contrasta con la de Labeón, defensor de la libertad, alejado del poder y de espíritu incorruptible. Vid., en general, Nörr, D. (1981), “I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?”, *BIDR*, 84, pp. 9 ss.; Cassavola, F. (1980), *Giuristi adrianei*, Napoli; D’Ippolito, F. (1969), *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli.

<sup>83</sup> Agudo, A., *La enseñanza del Derecho en Roma*, *cit.*, p. 58.

<sup>84</sup> Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, *cit.*, p. 69.

los discípulos tiene lugar en la comunión de la escuela”<sup>85</sup>. Entre ambas escuelas existieron ciertas disensiones, pero como señala Cannata, cualquier intento de encontrar diferencias está abocado al fracaso<sup>86</sup>, pues aunque tuvieron tendencias políticas e ideológicas diferentes, el hecho de estar adscrito a una escuela u otra es más bien una cuestión de sintonía personal con el maestro, más que una opción por una metodología o ideología<sup>87</sup>. El antagonismo entre ambas escuelas se mantendrá hasta la época del emperador Adriano, siendo el *consilium principis* el que determinará el futuro marco de la reflexión jurídica.

Ahora bien, ya a partir del Principado de Augusto se otorgará a los juristas más relevantes el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*<sup>88</sup> y surgirán escuelas públicas de Derecho (Aulo Gelio, 13,13,1) bajo el nombre de *stationes ius publice docentium aut respondentium*. Los juristas autorizados por el *princeps*, dando respuestas en público, combinan por un lado la respuesta y, por otro, la enseñanza. La enseñanza del Derecho a partir de época clásica empieza a institucionalizarse. Las respuestas que dan los juristas no son fruto de una actividad gratuita o desinteresada, “la actividad jurisprudencial comienza a transformarse en una verdadera profesión, más o menos retribuida. A Sabino se le tiene como el primer jurista que vivió de su trabajo”<sup>89</sup>.

En la época clásica y a finales del siglo I d. C. conviven dos modelos de juristas: uno, perteneciente a las clases sociales superiores y, otro, de rango inferior, incluyendo juristas que trabajan como consultores técnicos a sueldo, tanto en la Cancillería imperial, como en el asesoramiento de magistrados y funcionarios, sin intervenir activamente en la vida política. Debieron ser muy escasos los juristas puramente académicos, dedicados a la enseñanza o el ejercicio práctico de la profesión. Entre los conocidos tal vez pertenezcan a este grupo Gayo, Florentino y Marciano<sup>90</sup>.

En este periodo histórico empezamos a tener constancia de la existencia de lugares para la enseñanza (*stationes*), situados cerca de los templos. No se trata de escuelas institucionalizadas, con su programa, horario o plan de estudios. Tampoco conocemos el número de alumnos, ni el número de años que debían cursarse, pues se da la paradoja de que, a veces, un jurista (*auditor*) se forma con varios maestros o, al contrario, varios *auditores* con un solo maestro<sup>91</sup>.

Entre las *stationes* más conocidas está la construida junto al templo de Apolo, mandado erigir por Augusto en conmemoración de la batalla de *Actium*, en el monte Palatino. Posteriormente, tenemos constancia del *Athenaeum* de Adriano, diseñado tipo auditorio en el Capitolio para impartir lecciones por parte de retóricos, filósofos y juristas. Junto a ambos locales se construyeron bibliotecas, entre otras la *bibliotheca ad Apollinis* (Iuv. 1,128)<sup>92</sup>. En ellas también se realizaban actividades académicas. Lo que viene a constatar que los juristas clásicos fueron desarrollando actuaciones docentes en un círculo

<sup>85</sup> Kunkel, W., *Historia del Derecho romano*, cit., p. 123.

<sup>86</sup> Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 70.

<sup>87</sup> Domingo, R., “Juristas romanos”, cit., p. 98.

<sup>88</sup> Vid. Paricio, J. (2018), ‘*Respondere ex auctoritate principis*’. *Eficacia de las respuestas de los juristas en la experiencia jurídica romana*, Madrid: Marcial Pons. También, Magdelain, A. (1950), “*Ius respondendi*”, *RHD*, 28, pp. 1 ss.; Provera, G. (1962), “Ancora sul *ius respondendi*”, *SDHI*, 28, pp. 342 ss.; Cancelli, F. (1987), “Il presunto *ius respondendi* istituito da Augusto”, *BIDR*, 90, pp. 543 ss.

<sup>89</sup> García Garrido, M. J.-Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 46.

<sup>90</sup> De Churruca, J.-Mentxaka, R., *Introducción histórica al Derecho romano*, cit., p. 153.

<sup>91</sup> *Bibliothecam iuris civilis et liberalium studiorum in templo Apollinis Palatini dedicavit Augustus*. Vid. Hernández Tejero, F. J., “Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma desde los orígenes hasta Justiniano”, cit., pp. 148 ss.

<sup>92</sup> Hernández Tejero, F. J., *Ibid.*, p. 152.

reducido de estudiantes privados y de una forma poco oficiosa, más bien a título privado. Además, algunos juristas importantes, como Ulpiano y Paulo, escriben manuales introductorios (*institutiones*) dedicados a la enseñanza. Según mantiene el profesor Antonio Guarino, estas escuelas no monopolizaron toda la enseñanza del Derecho, ya que en el siglo I d. C. permanece el sistema docente republicano de consultas y respuestas por parte de los juristas<sup>93</sup>.

La constatación de que los juristas clásicos, aparte de realizar *responsa* en público, se dedicaron a la enseñanza, viene dada por la elaboración de libros de naturaleza isagógica, dedicados a la enseñanza del Derecho. La otra más antigua sería los *Libri tres iuris civilis* de Sabino, conocidos indirectamente por la cantidad de comentarios posteriores. Con esta idea didáctica o elemental fueron redactadas obras llamadas *institutiones*, donde se expresa una visión del Derecho sincrética, resumida o abreviada. La más conocida de este tipo es, sin duda, la realizada por el jurista enigmático Gayo. Sus *Instituta* es una exposición del Derecho privado, conservada prácticamente por completo. Lo que nos deja entrever que fue un jurista que no se preocupó como sus contemporáneos por la práctica del Derecho, sino más bien su camino discurrió por los derroteros de la enseñanza del Derecho. Resulta obvio que el hecho de que varios grandes juristas de la época de la dinastía Severa (Ulpiano, Paulo) escribiesen manuales introductorios (*institutiones*) para la enseñanza del Derecho hace pensar que, de una forma u otra, siguieron desarrollando actividades de enseñanza, tal vez de manera menos oficial y ante un círculo reducido de discípulos privados<sup>94</sup>.

En el Principado conocemos, pues, la existencia de escuelas de Derecho, pero no los planes de estudio que se impartían en las mismas. También conocemos la existencia de textos introductorios en los que se mostraba el Derecho en su conjunto. En una fase ulterior de los estudios, los *auditores* comentaban y discutían otras obras como: *disputationes*, *quaestiones*, *digesta* y *responsa*. Existe, además, otra literatura cercana a la isagógica como *regulae*, *definitiones* y las colecciones de *differentiae* o de *sententiae*. Pero en la época clásica los juristas se mueven en torno a una metodología más práctica y casuística, pues no fueron maestros que les preocupasen los conceptos teóricos, sino el foco lo ponían en los problemas reales que se originaban en la práctica, con un método acompañado de un sugerente realismo, sin estar apoyado en postulados teóricos<sup>95</sup>.

## 6. Las escuelas postclásicas: Berito y Constantinopla. La enseñanza del Derecho en el Dominado.

Desde el inicio del Bajo Imperio nos encontramos con el reforzamiento del poder absoluto del emperador y la división del territorio en parte occidental y oriental, desde el punto de vista político. Desde el judicial, asistimos a la extinción del procedimiento formulario y la implantación de la *cognitio extra ordinem*, procedimiento en una sola fase con un sistema judicial jerarquizado en diversas instancias en cuya cúspide se encuentra

---

<sup>93</sup> Guarino, A. (1994), *Storia del Diritto romano*, Napoli, p. 459.

<sup>94</sup> De Churruca, J- Mentxaka, R, *Introducción histórica al Derecho romano*, cit., p. 157. Vid., también, Guarino, A. (1989), “Il ragionere Gaio?”, *Labeo*, 35, pp. 341 ss.; Miquel, J. (1977), *Aenigma*. Lección inaugural del curso 1975-76, La Laguna; Stanojevic, O. (1989) *Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam.

<sup>95</sup> Existe una importante polémica sobre si los *Libri tres iuris civilis* tuvieron carácter isagógico. Por todos, Cuenca Boy, F. (1998), *Sistemas jurídicos y Derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander: Servicio de publicaciones. Universidad de Cantabria, pp. 104 ss. El hecho de su reducido tamaño no es suficiente para otorgarle naturaleza elemental. Igualmente, Cannata, C. A., *Historia de la Ciencia jurídica europea*, cit., p. 82, quien niega el carácter isagógico.

el emperador. Paulatinamente, el modelo político se transformará, cada vez más, en una fuerte organización burocrática y un intenso intervencionismo estatal en materia política y económica, que se traducirá en un control de los precios, junto con una fuerte presión fiscal, casi confiscatoria, además de la conversión de la condición de ciudadano en súbdito. Todos estos factores, y otros que por razones de espacio no incluimos, inciden de una manera directa en la enseñanza del Derecho, tanto en cuanto a su organización, como en relación a sus destinatarios. Por lo que se refiere a éstos, encontramos grandes diferencias en comparación a épocas anteriores, pues las condiciones en las que van a realizar sus actividades jurídicas de futuro van a estar determinadas por unas previas impuestas por el Estado.

La legislación imperial, en relación a la profesión de abogado, va a considerar que no bastará tener la condición de orador con formación en retórica, sino que es necesario también tener la condición de jurista, con amplios conocimientos de Derecho. De ahí que reciba la denominación de *iuris peritus*, *scholasticus* y *togatus*. Una constitución del año 460 del emperador León I sanciona el requisito de que los futuros abogados acrediten sus conocimientos jurídicos. Dicha acreditación es obtenida después de un examen ante los correspondientes profesores. En la misma línea, el emperador Anastasio insiste en la exigencia de los conocimientos jurídicos para formar parte del “*consortium advocatum*”<sup>96</sup>. Aunque no precisa de qué manera se deben probar tales conocimientos<sup>97</sup>. Obviamente, a medida que el proceso civil se hace más complejo, la distinción entre *orator* y *advocatus* desaparece, pues como señala Álvarez Suárez “resulta difícil que un mero orador sin conocimientos jurídicos pudiera desarrollar una labor eficaz en el proceso”<sup>98</sup>.

Como precisan De Churruca y Mentxaka, la enseñanza del Derecho fue muy diferente en Occidente y en Oriente. En Roma existió una escuela donde se impartía Derecho y otras disciplinas (gramática, retórica, medicina). Se tienen pocas noticias de su funcionamiento y de la influencia que pudo ejercer en la formación de juristas o funcionarios de la Administración. En una línea análoga, tampoco se tiene constancia de que en las provincias existan escuelas propiamente jurídicas. Lo habitual es que el Derecho se enseñase “junto a otras disciplinas, sobre todo como complemento de la formación general retórica de los futuros funcionarios, mediante la aplicación forense de la oratoria o la interpretación gramatical de textos jurídicos, realizada no raras veces por maestros de escasa formación jurídica”<sup>99</sup>.

Hemos de precisar que en la época postclásica el nivel de los juristas empezó a decaer. En la parte occidental del Imperio muchos de los cargos de la administración no tenían buena formación jurídica. Sin embargo, en la parte oriental, para el ejercicio de la abogacía o para ser alto funcionario era necesario cursar estudios en las escuelas de Derecho.

A partir del siglo IV la enseñanza de la jurisprudencia empieza a tener naturaleza escolar. La nueva estructura político-administrativa que empezaba a adquirir el Estado, unido al número cada vez mayor de operadores jurídicos, todos inmersos en el aparato burocrático, hacen que se vislumbren, en Oriente, todo tipo de medidas para escolarizar

<sup>96</sup> *Imp. Anastasius A. Constantino, P. P., C..2, 7, 22 (8, 3), 4.*

<sup>97</sup> Agudo, A., *Abogacía y abogados*, cit., p. 221.

<sup>98</sup> Álvarez Suárez, U. (1955), *Curso de Derecho romano, I. Introducción, cuestiones preliminares, derecho procesal civil romano*, Madrid: Edit. Rev. de Derecho Privado, p. 224.

<sup>99</sup> De Churruca, J- Mentxaka, R, *Introducción histórica al Derecho romano*, cit., p. 226.

la enseñanza del Derecho<sup>100</sup>. Con anterioridad a esta época, “la jurisprudencia era una ciencia de élite, los juristas eran muy poco numerosos y celosos de su habilidad profesional, cuya salvaguardia les conducía a conservar el carácter privado de su enseñanza; de hecho, su método hacía impensable una enseñanza que no estuviera ligada a su actividad práctica de consultores”<sup>101</sup>.

En el ámbito occidental, la formación de los funcionarios era de bajo nivel. Las escuelas superiores, donde se impartía gramática, retórica y algo de Derecho, no permitían una base fuerte para las carreras jurídicas y administrativas, dado que se trataba de una enseñanza que no exige la presencia de un jurista, un simple *magister iuris*<sup>102</sup>. Por el contrario, en el Oriente del Imperio existieron escuelas cuyo objeto de estudio era exclusivamente jurídico. Destacan por su importancia la de Berytus (Beirut) y la de Constantinopla. Lo más seguro es que existieran otras como la de Alejandría. Por diferentes fuentes conocemos de una forma fidedigna la estructura organizativa de las mismas. El emperador Teodosio II, en una constitución de 27 de febrero del año 425 reorganiza los estudios superiores de la escuela de Constantinopla<sup>103</sup>. El citado emperador le atribuye a dicha ciudad el monopolio de la enseñanza superior, prohibiendo a los profesores de la escuela pública impartir docencia en la privada, bajo pena de perder sus privilegios. Además, les impone la nota de infamia a aquellos profesores de escuela privada que enseñen en la pública<sup>104</sup>.

En la ciudad de Constantinopla, la nueva Roma, surge una de las grandes escuelas de Oriente que tendrá un prestigio parecido a la de Berito, ubicada también en la parte oriental y con una distancia en el tiempo con respecto a aquella.

Por su parte, la ciudad de Berito, estratégicamente situada gracias a su puerto, con una gran incidencia comercial, necesitaba centros docentes de cara a preparar personas versadas en Derecho para hacer frente a los diferentes procesos comerciales. Además, dicha ciudad es otro punto neurálgico para ubicar el depósito donde eran enviadas, para su registro y conservación, las constituciones concernientes a algunas provincias de Oriente... por lo que hay, en efecto, una confluencia de importantes intereses comerciales y políticos que la hacen apta para el nacimiento de hombres dedicados al estudio (*iuventus legum cupida*)<sup>105</sup>.

En este tipo de escuelas se vislumbra un tipo de enseñanza institucionalizada, con intervención del Estado fijando un plan de estudios, además de una política de retribución salarial del profesorado. Anteriormente, el pago a los profesores era a través de honorarios concertados con el alumno, no pudiendo ser reclamados judicialmente (D. 50,13,1,5). Incluso la gratuidad permaneció en el *Edictum de pretiis*, donde no se asignaba ninguna cantidad máxima a lo que debían percibir los profesores. Si tenemos constancia de que los profesores cobraban un salario público equiparable a los demás funcionarios estatales<sup>106</sup>. Naturalmente, los alumnos pertenecían a las clases más altas y pagaban unas tasas para recibir la enseñanza.

---

<sup>100</sup> Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 108.

<sup>101</sup> Ibid., p. 81.

<sup>102</sup> Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 109-110.

<sup>103</sup> *Imp. Theodosius A et Valentinianus Caes. C. Th.* 14, 9, 3, 1=C. 11, 18 (19), 1, 1.

<sup>104</sup> Agudo, A., *La enseñanza del Derecho en Roma*, cit., p. 94. Vid. Collinet, P. (1925), *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Paris, pp. 23 ss.; Michel, J. (1962), *Gratuité en Droit romain*, Bruxelles : Université Libre de Bruxelles, pp. 214 ss.

<sup>105</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 48.

<sup>106</sup> Agudo, A., *La enseñanza del Derecho en Roma*, cit., p. 108.

Aspecto fundamental de estas Escuelas es la existencia de un plan de estudios con una duración de cinco años, aunque en relación al último año existe cierta discusión sobre su impartición, a partir de una constitución de Anastasio del año 505. Sobre ese polémico quinto curso (*Imp. Anastasius A. Constantino PP. C. 2,7,22,(8,3),3*) no nos detendremos en la polémica y describiremos, a continuación, los diversos cursos:

-Primer curso: de naturaleza introductoria. En él se imparten las Instituciones de Gayo, más una serie de temas relacionados con la acción dotal, la tutela, los tipos de testamento y los legados. Para la impartición y explicación de los temas reseñados se pudo utilizar, de manera orientativa, los comentarios de Ulpiano *ad Sabinum*.

- Segundo curso: se analiza el *ius honorarium*, centrándose en el Edicto del pretor, utilizando los *comentarii* de Ulpiano *ad Sabinum*.

- Tercer curso: se prosigue con el estudio del Edicto y con una aproximación a ocho de los diecinueve libros de los *Responsa* de Papiniano.

- Cuarto curso: no se impartía de forma pública. Se volvía a estudiar bajo la dirección de un maestro, tomando como eje los *Responsa* de Paulo. Aunque no existía la obligación de estudiarlos de manera completa, sino más bien era posible realizarlo de forma parcial.

- Quinto curso: no era obligatorio su seguimiento, pero servía para acercarse a las constituciones imperiales (*leges*), contenidas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

Visto con perspectiva, el plan de estudios muestra una devoción por parte de las escuelas hacia los autores pertenecientes a la jurisprudencia clásica, lo que provocó que los autores clásicos se estudiaran con un espíritu diferente al de éstos: con ausencia de sentido práctico y con una metodología helenística con tendencia marcada a la sistemática, a la generalización de normas (formación de reglas generales) y a la creación y delimitación de conceptos (definiciones, distinciones y diferencias)<sup>107</sup>.

La fotografía fija del plan de estudios nos muestra claramente la falta de atención hacia los contenidos del Derecho vigente. Se trata más bien de introducir al alumno en el razonamiento jurídico a través de la literatura clásica.

Por último, terminadas las enseñanzas, los alumnos debían superar un examen final, para acreditar sus conocimientos, otorgándose un diploma expedido por los profesores. Dicha acreditación, como hemos señalado, era obligatoria para el ejercicio de la abogacía.

En relación a la metodología de enseñanza, los profesores armonizaban la técnica casuística, de corte práctico, con los acercamientos a los conceptos dogmáticos. Empleaban un estilo directo, con el objeto de mantener la atención de los alumnos, mediante preguntas directas. Las lecciones se explicaban en griego, lengua que conocen los profesores y los alumnos, aunque los textos estaban en latín. Estos tomaban apuntes, lo que ha permitido conocer aspectos de la actividad pedagógica (verbigr. *Scholia sinaitica*). También se presentaban obras a modo de breves introducciones, glosas, resúmenes de la materia tratada; otras veces, el contenido de los textos se hace asequible a través de paráfrasis<sup>108</sup>.

En definitiva, esa mirada a los clásicos por parte de las escuelas orientales fue muy relevante, pues posibilitó la futura redacción de la Compilación justiniana.

<sup>107</sup> De Churruca, J- Mentxaka, R, *Introducción histórica al Derecho romano*, cit., p. 227.

<sup>108</sup> Agudo, A., *La enseñanza del Derecho en Roma*, cit., p. 102-104.

## 7. El plan de estudios del emperador Justiniano. La constitución *Omnem re publicae*.

La obra recopiladora del emperador Justiniano, emprendida en el siglo VI (529 d. C.), tendía, como señala Letizia Vacca, a: “eliminar la confusione e la prolissità delle leggi, di ridare certezza al diritto, di razionalizzare ed armonizzare le fonti, raccogliendo le costituzioni imperiali ed i pareri giurisprudenziali in compendi sistematici chiari e privi di ambiguità e contraddizioni, al fine di porre fine al grave disordine che affligge l’amministrazione della giustizia e di fornire gli strumenti per una migliore comprensione e applicazione del diritto vigente”<sup>109</sup>.

En todo este proceso que conlleva la elaboración del primer Código y, posteriormente, el *Codex Secundus*, junto con la recopilación de los *iura* en el *Digesto seu Pandectae*, Justiniano encarga también a Triboniano y a dos profesores de Derecho la realización de unas Instituciones, de naturaleza didáctica, que vinieran a sustituir en las escuelas a las Instituciones de Gayo. Esta obra fue destinada a la enseñanza, con un propósito didáctico, para aclarar cuestiones confusas y con un sentido histórico. La sistemática de la misma era la siguiente: primer libro. Personas; segundo libro: las cosas, la propiedad y los demás derechos reales y los testamentos; tercer libro: la sucesión intestada y las obligaciones derivadas de contrato y de las obligaciones en general; cuarto libro: obligaciones derivadas de delito, de los procesos privados y de los procesos públicos<sup>110</sup>.

En la misma época, Justiniano, a través de la constitución *Omnem* de 16 de diciembre del 533, dirigida a una serie de profesores, entre ellos Doroteo y Teófilo, somete a duras críticas el funcionamiento de las escuelas orientales que entendía desordenado, inútil, frecuentemente interrumpido... y propone una importante reforma jurídica cuyos puntos fundamentales son los siguientes: a) reducción del número de centros docentes, dejando sólo a las ciudades reales, Roma, Constantinopla y Berito, conservadoras de las leyes, señalando castigos a quienes se atreviesen a enseñar en otros sitios; b) cambios en los cuadros profesoriales; c) plan de estudios distribuido en cinco años; d) reformas en cuanto a la cuestión escolar, agravada por el número de estudiantes y su mediocridad en diversos aspectos<sup>111</sup>.

El emperador continúa con la línea de intervencionismo, señalando a los profesores que las Instituciones deben ser estudiadas en el primer curso. Aquél se muestra de forma crítica con la ordenación de las escuelas orientales, dadas sus lagunas e incongruencias, así como por los programas que no se imparten de manera completa<sup>112</sup>. Para Archi, las críticas se planteaban ante el número tan reducido de juristas clásicos que estudiaban en los planes antiguos. Se reprocha que la propuesta que haga el maestro sea de textos fragmentarios y que no se mantenga una continuidad<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, cit., p. 199.

<sup>110</sup> Vid. Bonini, R. (1968), *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano; Idem (1978), “Reflexions sur le droit Justinien”, *AG*, 194, pp. 1 ss.; Idem (1979), *Introducción al estudio de la edad justiniana* (trad. esp. J. Álvarez de Cienfuegos), Granada; Archi, G. G. (1978), “Giustiniano e l’insegnamento del Diritto”, en *L’imperatore Giustiniano, storia e mito*, Milano, pp. 130 ss.; Idem (1985), “La legislazione giustiniana opera de cultura o creazione giuridica”, *SDHI*, 51, pp. 423 ss.; Van Warmelo, P. (1983), “The Institutes of Justinian as students’ manual”, en *Studies in Justinian’s Institutes: in memory of J. A. C. Thomas*, London, pp. 164 ss.

<sup>111</sup> Así lo describe Sánchez del Río y Peguero, C., “Apuntes para un intento de interpretación sociológica de la enseñanza del Derecho en Roma”, cit., p. 115.

<sup>112</sup> *Const. Omnem pr. in fine*, l.

<sup>113</sup> Archi, G. G., “Giustiniano e l’insegnamento del Diritto”, cit., p. 105.

De ahí que su propuesta de nuevo plan de estudios, en la constitución *Omnem* sea “un verdadero plan de estudios de la ciencia del Derecho, en un explícito currículum de cursos y asignaturas y con un preciso material de trabajo”<sup>114</sup>. Éste se vertebra de la siguiente manera:

-Primer curso: se estudian las Instituciones de Justiniano y los cuatro primeros libros del Digesto: *De iustitia et iure*; *De iurisdictione*; *De postulando*; *De integrum restitutionibus*. Esta parte recibe la denominación de “*Prota*” y en ella se profundiza en la teoría general del Derecho y en la jurisdicción procesal.

-Segundo curso: constituye un acercamiento a los libros *De iudiciis*; *De rei vindicatione*; *De usufructu*; *De servitutibus*; *De noxalibus actionibus*; *Ad exhibendum*; *De servo corrupto*. Además de ocho libros del Digesto que reciben la denominación “*De rebus*”: lib. 12. *De rebus creditis si certum petetur et de condicione*; lib. 13. *De condicione furtiva*; lib. 14. *De lege Rhodia*; lib. 15. *De peculio*; lib. 16. *Depositum vel contra*; lib. 17. *Mandatum vel contra*; lib. 18. *De contrahenda emptione*; lib. 19. *Locati conducti*. También en este curso se añade el lib. 26. *De Tutelis*; lib. 28. *Testamento*; lib. 30. Legados y fideicomisos.

- Tercer curso: donde se cursan los siete libros *de iudiciis* o los ocho libros *de rebus*. Además del lib. 20 sobre la fórmula hipotecaria; lib. 21, 1, sobre el Edicto de los ediles y la acción redhibitoria; lib. 21, 2, sobre la evicción y estipulación por el doble y estipulación en garantía de evicción. Se incluye, también, una selección de fuentes de Papiniano.

- Cuarto curso: se estudian los libros 24, 25, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 del Digesto (*libri singularis*) donde se hace una aproximación a cuestiones como: la donación entre cónyuges, testamentos, legados y fideicomisos.

- Quinto curso: donde se abordan los libros 37 a 50 del Digesto. Última parte de la Compilación de *iura* que trata de: la posesión de los bienes hereditarios, la denuncia de obra nueva, manumisiones, interdictos, estipulaciones, delitos, apelaciones, magistrados municipales. A ello hay que añadirle el estudio del *Codex*<sup>115</sup>.

Cada estudiante, en función del curso en cuestión, recibía una denominación específica. Así, los alumnos de primero eran “jóvenes justinianos”; a los de segundo año se les llamaba “edictales”; a los de tercero, “papinianistas”, en memoria del jurista Papiniano; en cuarto curso recibían la denominación de los “cityai”, equivalente a “los que resuelven casos”; y por último los de quinto año eran los “prolytai”, que agrupaban a los “resolvedores avanzados”<sup>116</sup>.

En definitiva, estamos ante una sistemática con un orden previo: las Instituciones, texto de carácter propedéutico, y a continuación el Digesto; con un propósito muy concreto: acabar con el *ius controversum* y formar al alumno en la certeza del Derecho, huyendo de cualquier disputa. De ahí que Justiniano prohíba cualquier alteración de sus libros, con la aplicación de una pena por *crimen falsitatis*.

<sup>114</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., p. 50.

<sup>115</sup> Vid. los contenidos sistemáticos de los diferentes cursos según la exposición de García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Ibid.*, pp. 52-53.

<sup>116</sup> García Garrido, M. J.- Eugenio, F., *Estudios de Derecho y formación de juristas*, cit., pp. 51-53.

## 8. Epílogo.

Un estudio de esta naturaleza, por lógicas razones de espacio, no nos permite extendernos más en cuestiones que resultan capitales en todo sistema educativo, incluso en la sociedad romana. Me refiero a la cuestión del profesorado, en sus diferentes manifestaciones: selección, inmunidades, privilegios, retribuciones, honorarios, salario, régimen sancionatorio... así como algunas consideraciones sobre los estudiantes. Como señala Emilio de la Cruz: “el primer texto que configura un status personal para profesores y médicos es el Edicto de Vespasiano del año 74”<sup>117</sup>. Los derechos e inmunidades concedidos a los docentes les serán reconocidos posteriormente también por otros emperadores y en diferentes constituciones<sup>118</sup>. Tema interesante será, igualmente, el de la retribución; pues, inicialmente y pese a la intervención del Estado, el docente sólo cobrará honorarios y, a partir de la época postclásica, será cuando reciba un salario equivalente a los demás funcionarios, según su posición social.

A partir de la conformación de un *Ius academicum* romano, obra de Vespasiano, se empiezan a delinear los contornos de un grupo de estudiosos (docentes y discentes) tratado como corporación, como una “*universitas personarum*”<sup>119</sup>.

Para alcanzar este momento, obviamente institucionalizado, hemos planteado el paradigma de que en los inicios del mundo romano la educación se desarrolla en el ámbito de la familia, bajo el severo control del *paterfamilias*; si bien la presencia del mismo en la vida sociopolítica conlleva a delegar en otros sujetos, dándose la circunstancia de la existencia de la “vicefamilia”, con protagonistas como la nodriza o el *pedagogus*. La educación general en Roma está versionada en dos ámbitos: primero, el familiar y, posteriormente, el escolar. Y en este segundo, si se analiza la obra de Quintiliano, nos encontramos que “las propuestas pedagógicas y curriculares de Roma son muy similares en sus planteamientos formativos con muchas de las actuales: división de las etapas del sistema educativo, edades con las que se iniciaban los estudios, diversidad de escuelas, objetivos pedagógicos y metodologías”<sup>120</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere a la enseñanza del Derecho, hemos de resaltar que ésta no empieza a ser impartida por escuelas oficiales prácticamente hasta la época postclásica-justiniana. Con anterioridad, la educación jurídica está reservada a juristas individuales, sin tener una cobertura política, ni tampoco una organización oficial que los respalde a excepción del *ius respondendi ex auctoritate principis*. A partir del Bajo Imperio todo adquiere naturaleza de función pública. Será a partir del emperador Teodosio, cuando se proceda a una reorganización de la Escuela de Constantinopla (a. 425), dotando nuevas Cátedras, fuertes incompatibilidades para los profesores oficiales con respecto de los centros privados y, viceversa, para los no oficiales respecto de las escuelas públicas, además de nuevos requisitos normativos para el acceso de los alumnos<sup>121</sup>. Por último, el emperador Justiniano procederá a una reordenación de los Planes de estudio de las respectivas escuelas.

---

<sup>117</sup> De la Cruz, E.(1988), “Notas del *Ius academicum* romano”, *Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias*, cit., p. 683.

<sup>118</sup> *Imp. Theodosius A. et Valentinianus Caes. C. Th. 14,9,3,1* ; De la Cruz, E., Ibid., pp. 684-688.

<sup>119</sup> De la Cruz, E. (1987), *Lecciones de Historia de las Universidades*, Madrid: Civitas, p. 27.

<sup>120</sup> Novillo López, M. A., “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, cit., p. 137.

<sup>121</sup> C. Th 14, 9, 3= C. 11, 18.

## Bibliografía.

- AA. VV. (1996), *Poder político y Derecho en la Roma clásica* (dir. J. Paricio), Madrid: Universidad Complutense.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1955), *Curso de Derecho romano, I. Introducción, cuestiones preliminares, derecho procesal civil romano*, Madrid: Edit. Rev. de Derecho Privado.
- AGUDO, A. (1997), *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*. Logroño-Zaragoza: Univ. de la Rioja- Egido editorial.
- AGUDO, A. (1999), *La enseñanza del Derecho en Roma*, Madrid: Reus.
- ALBERTE, A. (1987), “Implantación y evolución de la retórica latina”, en G. Morocho (coord.), *Estudios de drama y retórica en Grecia y Roma*, León.
- ARCHI, G. G. (1978), “Giustiniano e l’insegnamento del Diritto”, en *L’imperatore Giustiniano, storia e mito*, Milano.
- ARCHI, G. G. (1985), “La legislazione giustiniana opera de cultura o creazione giuridica”, *SDHI*, 51.
- BELENGUER CALPE, E. (1998), *Naturaleza y pedagogía: De Quintiliano a la Educación nueva*, Santa Cruz de Tenerife.
- BLANCO, R. (1935), *Quintiliano y su sistema de educación*, Madrid.
- BONINI, R. (1968), *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano.
- BONINI, R. (1978), “Reflexions sur le droit Justinien”, *AG*, 194.
- BONINI, R. (1979), *Introducción al estudio de la edad justiniana* (trad. esp. J. Álvarez de Cienfuegos), Granada.
- BOWEN, J. (1976-1979), *Historia de la Educación occidental, I. El mundo antiguo*, Barcelona: Herder.
- BROWN, P. (1987), “La antigüedad tardía”, en ARIÈS, PH.- DUBY, G. (dirs.): *Historia de la vida privada. Del Imperio romano al año 1000, I.* (trad. esp. F. Pérez Gutiérrez), Madrid: Taurus.
- CANCELLI, F. (1987), “Il presunto *ius respondendi* istituito da Augusto”, *BIDR*, 90.
- CANNATA, C. A. (1996), *Historia de la ciencia jurídica europea* (trad. esp. Gutiérrez Masson, L.), Madrid: Tecnos.
- CANTARELLA, E. (2017), *Instituciones e Historia del Derecho romano. Maiores in legibus* (trad. esp. Núñez Paz, M. I.-Rubiera Cancelas, C.), Valencia: Tirant lo Blanch.

- CANTÓ LORCA, J. (1998), “Las funciones del *grammaticus* según Quintiliano”, en ALBALADEJO MAYORDOMO et al. (coords.), *Quintiliano: Historia y actualidad de la Retórica. Actas del congreso. XIX Centenario de la "Institutio Oratoria"*, Logroño: Instituto de Estudios Riojanos, Ayuntamiento de Calahorra.
- CAPITAN DÍAZ, A. (1980), *Historia de la educación. I. Edades antigua y media*, Granada.
- CASADO CANDELAS, M. J. (1994), *Primae luces. Una introducción al estudio de la jurisprudencia romana*, Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- CASSAVOLA, F. (1980), *Giuristi adrianei*, Napoli.
- CASTRESANA, R. (1963), *La enseñanza en la antigua Roma*, Oviedo.
- COCHRANE, CH. N. (1949), *Cristianismo y cultura clásica*, México: Fondo de cultura económica.
- COLLINET, P. (1925), *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Paris.
- CUENA BOY, F. (1998), *Sistemas jurídicos y Derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander: Servicio de publicaciones. Universidad de Cantabria.
- DE CHURRUCA, J.- MENTXAKA, R. (2015), *Introducción histórica al Derecho romano*, 10ª ed. Bilbao: Public. Univ. de Deusto.
- DE LA CRUZ, E. (1987), *Lecciones de Historia de las Universidades*, Madrid: Civitas.
- DE LA CRUZ, E. (1988), “Notas del *Ius academicum* romano”, *Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias*, vol II, Madrid: Seminario Ursicino Álvarez.
- D'IPPOLITO, F. (1969), *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli.
- DOMINGO, R. (1987), *Teoría de la auctoritas*, Pamplona: Eunsa.
- DOMINGO, R. (2004), “Juristas romanos”, en *Diccionario de Juristas Universales*, I. Madrid: Marcial Pons.
- D'ORS, A. (1973), “*Lex et Ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*”, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis, Cuadernos del Instituto jurídico español*, Roma-Madrid.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2004), “Documentación y Notariado en Derecho romano”, *Revista General de Derecho romano*, 3, (portal on line [www.iustel.com](http://www.iustel.com)).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2005), “Testigos y documentos en la práctica comercial y judicial romana”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 12.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2015), “El abogado en Roma”, *RGDR*, 24.
- GARCÍA GARRIDO, M. J.- EUGENIO, F. (1988), *Estudios de Derecho y formación de juristas*, Madrid: Dykinson, S. L.
- GRIMAL P. (2011), *La vida en la Roma antigua* (trad. esp. S. Schiumerini- F. Schiumerini), Barcelona: Paidós.
- GUARINO, A. (1989), “Il ragionere Gaio?”, *Labeo*, 35.
- GUARINO, A. (1994), *Storia del Diritto romano*, Napoli.
- GUILLÉN, J. (1997), *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. I. Vida privada*, Salamanca: Edic. Sígueme, 4ª ed.
- GUTIÉRREZ CUADRADO, J.- HERNÁNDEZ SANDOICA, E.- PESET, J. L. (1988), “Educación y Enseñanza”, en ARTOLA, M. (dir.): *Enciclopedia de Historia de España*, 1. *Economía y Sociedad*, Madrid: Alianza Editorial.
- HERNÁNDEZ TEJERO, F. (1944), “Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma desde los orígenes hasta Justiniano”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 14.
- IGLESIAS REDONDO, J. (1987), *La técnica de los juristas romanos*, Madrid.
- KUNKEL, W. (1989), *Historia del Derecho romano* (trad. esp. J. Miquel), Barcelona: Ariel.
- LA PIRA, L. (1934), “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’art sistematrice”, *BIDR*, 42.
- LEÓN LÁZARO, G. DE (2013), “La educación en Roma”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46.
- LOMBARDI, G. (1967), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Roma; Bretonne, M. (1971), *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli.
- MAGDELAIN, A. (1950), “*Ius respondendi*”, *RHD*, 28.
- MARROU, H. I. (1970), *Historia de la educación en la Antigüedad*, Buenos Aires.
- MICHEL, J. (1962), *Gratuité en Droit romain*, Bruxelles : Université Libre de Bruxelles.
- MIQUEL, J. (1977), *Aenigma*. Lección inaugural del curso 1975-76, La Laguna.
- MORO IPOLA, M. (2007), “Quintiliano de Calahorra: didáctica y estrategias educativas en la antigua Roma”, *Foro de Educación*, 9.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), “La profesión elocuente”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 52.
- NÖRR, D. (1981), “I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?”, *BIDR*, 84.
- NOVILLO LÓPEZ, M. A. (2016), “Educación y renovación pedagógica en la antigua Roma”, *Tendencias pedagógicas*, 27.
- PARICIO, J. (2018), *‘Respondere ex auctoritate principis’. Eficacia de las respuestas de los juristas en la experiencia jurídica romana*, Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ PRENDES, J. M. (2010), *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid: Iustel.
- PROVERA, G. (1962), “Ancora sul *ius respondendi*”, *SDHI*, 28.
- QUIGNARD, P. (2006), *El sexo y el espanto* (trad. esp. Ana Becía), Barcelona: Edit Minúscula.
- REINOSO BARBERO, F. (1988), “La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego”, en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, vol II, Madrid: Seminario Ursicino Álvarez.
- RICHE, P. (1979), *Les écoles et l’enseignement dans l’Occident Chrétien de la fin du V<sup>ème</sup> siècle au milieu de XI<sup>ème</sup> siècle*, Paris.
- RODRÍGUEZ ENNES, L. (1996), “Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los *advocati*”, en AA. VV. (1996), *Poder político y Derecho en la Roma clásica* (dir. J. Paricio), Madrid: Universidad Complutense.
- ROUSELLE, A., “Gestos y signos de la familia en el Imperio romano”, en BURGUIÈRE, A.- KLAPISCHZUBER, CH.-SEGALEN, M.- ZONABEND, F. (dirs.), *Historia de la familia*, I (prol. Lévi Strauss, C.- Duby, G.; trad. esp. Nestor Mínguez), Madrid: Alianza Editorial.
- SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO, C. (1956), “Apuntes para un intento de interpretación sociológica de la enseñanza del Derecho en Roma”, *Revista de Educación*, 40.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO, J. (1952), “Notas para un estudio expositivo sobre el influjo de la retórica en el Derecho romano”, *Revista de estudios políticos*, 64.
- SCHIAVONE, A. (1987), *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari.
- SCHULZ, F. (1946), *History of Roman legal sciences*, Oxford.
- SORIANO SANCHA, G. (2006), “Marco Fabio Quintiliano: la educación del ciudadano romano”, *Iberia: Revista de la Antigüedad*, 9.
- STANOJEVIC, O. (1989) *Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam.

- STEIN, P. (1977), “Nascita della giurisprudenza”, *Labeo*, 23.
- STROUX, J. (1949), *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Postdam.
- TALAMANCA, M. (1977), “Per la storia della giurisprudenza romana”, *BIDR*, 80.
- THOMAS, Y. (1988), “Roma, padres, ciudadanos y ciudad de los padres (s. II. a. C.- s. II d. C.)”, en BURGUIÈRE, A.- KLAPISCHZUBER, CH.-SEGALEN, M.- ZONABEND, F. (dirs.), *Historia de la familia*, I (prol. Lévi Strauss, C.- Duby, G.; trad. esp. Nestor Mínguez), Madrid: Alianza Editorial.
- VACCA, L. (2012), *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, 2ª ed. Torino: Giappichelli editore.
- VAN WARMELO, P. (1983), “The Institutes of Justinian as students’ manual”, en *Studies in Justinian’s Institutes: in memory of J. A. C. Thomas*, London.
- VEYNE, P. (1987), “El Imperio romano. Desde el vientre materno hasta el testamento”, en ARIÈS, PH.- DUBY, G. (dirs.): *Historia de la vida privada. Del Imperio romano al año 1000*, I. (trad. esp. F. Pérez Gutiérrez), Madrid: Taurus.
- VIEHWEG, T. (2007), *Tópica y jurisprudencia* (trad. esp. Luis Díez Picazo), Madrid: Civitas.
- WIEACKER, F. (1988), *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana* (trad. esp. J. Luis Linares), Granada: Comares.



## LA PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES ANTE LA TECNIFICACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS: APUNTE SOBRE CUESTIONES PENDIENTES\*

The promotion of mental health of workers front the technology of productive processes: list of pending things

Susana Rodríguez Escanciano  
Catedrática de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Universidad de León

### RESUMEN

Cierto es que los nuevos escenarios productivos automatizados están alterando de manera sustancial las formas de trabajar y de organizar la actividad y, por ello, la propia naturaleza jurídica de la relación laboral y las condiciones en que ésta se desempeña, provocando, al tiempo, innegables efectos positivos en la creación de entornos laborales menos insalubres, más limpios y seguros. No menos verdad resulta, sin embargo, que las renovadas formas de actividad en los modelos de industria 4.0 integran un entramado adecuado para el surgimiento de severas patologías emocionales o cognitivas asociadas al “tecno-estrés”, que exigen un replanteamiento de las medidas preventivas a adoptar, integrando estos riesgos psicosociales en los documentos específicos de planificación y evaluación de puestos, así como en los deberes de información y formación de los trabajadores, siempre cumpliendo una preceptiva obligación de consulta previa con los órganos representativos competentes.

### PALABRAS CLAVE

Riesgos psicosociales, estrés, nuevas tecnologías, carga mental, desconexión, seguridad y salud laboral.

### ABSTRACT

It is true that the new automated production context are substantially altering the ways of working and organizing the activity and, therefore, the legal configuration of the labor relationship and the conditions in which it works, causing obvious positive effects on the creation of less unhealthy, cleaner and safer work environments. No less true is, however, that the renewed forms of activity in industry 4.0 models integrate an appropriate framework for the emergence of severe emotional or cognitive pathologies associated with “techno-stress”, which require a rethinking of preventive measures to adopt, integrating these psychosocial risks in the specific documents of planning and evaluation of job positions, as well as in the information and learning obligations of the workers, always after consulting the competent subjects.

### KEYWORDS

Psychosocial risks, stress, new technologies, mental load, disconnection, occupational health and safety.

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2017-83864-R, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, bajo el título “la sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos”.

**Sumario:** 1. Incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: nuevos riesgos profesionales. 2. Principales estresores: factores desencadenantes de afecciones psicosociales en un entorno productivo automatizado. 2.1. Sobrecarga de tareas. 2.2. Empobrecimiento de cometidos y conflicto de rol. 2.3. Temor a la pérdida del empleo. 2.4. Trazabilidad: acumulación de información en ficheros y elaboración de perfiles. 2.5. Incremento de las posibilidades de vigilancia empresarial. 2.6.- Acoso cibernético. 2.7. Hiperconectividad. 3. El teletrabajo como ámbito especialmente expuesto a la depresión y ansiedad. 4. Posibilidades de desconexión. Una atención legal muy superficial. 5. Aspectos preventivos de la “carga mental”. 6. La eficacia de un buen diseño de los reconocimientos médicos. 7. Conclusión. Bibliografía.

## **1. Incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: nuevos riesgos profesionales.**

Cierto es que la robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la digitalización o la virtualización, están ocasionando mutaciones radicales en los procesos de producción de bienes y servicios, con un objetivo claro: al igual que las revoluciones tecnológicas de épocas pretéritas, la optimización del beneficio es la “razón de ser última” de todas estas innovaciones, al permitir “producir más en menos tiempo y con menos mano de obra”<sup>1</sup>.

No menos verdad resulta, sin embargo, que un importante rasgo distintivo acompaña a la industria 4.0, cual es su marcada extensión universal, avalada por un cuádruple cúmulo de razones: en primer lugar, irrumpe sobre todos los sectores, bien afecten a ámbitos funcionales emergentes o bien a los denominados “maduros”; en segundo término, penetra sobre todas las ocupaciones, sean más o menos cualificadas, desarrolladas bajo cualquier régimen jurídico, ya subordinado o autónomo, ya privado o público; en tercer lugar, afecta uno u otro tipo de empresas, desde las grandes corporaciones transnacionales a las micro-estructuras; en fin, se extiende a todo tipo de empleados, independientemente de la edad, género, capacidad, o cualquier otro rasgo que provoque mayor o menor segmentación en el trabajo<sup>2</sup>. Además, estos nuevos escenarios automatizados están alterando de forma sustancial las formas de trabajar y de organizar la actividad, y por ello, la propia naturaleza jurídica de la relación laboral y las condiciones en que ésta se desempeña<sup>3</sup>.

Como ha señalado la mejor doctrina en gráfica expresión: “el virulento cambio tecnológico que estamos viviendo anuncia una transformación disruptiva en los modos y formas de entender en un futuro próximo la idea de trabajo”<sup>4</sup>, pero no cabe negar los efectos positivos en la creación de entornos laborales más seguros, incluida su capacidad para desarrollar nuevos mecanismos e instrumentos destinados a prevenir los riesgos o a

---

<sup>1</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en AA.VV (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 10.

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pág. 16.

<sup>3</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, págs. 19 y ss.

<sup>4</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017, pág. 33.

proteger a los trabajadores frente al daño<sup>5</sup>. Ahora bien, no son menores las nuevas amenazas derivadas de la exposición prolongada a pantallas de visualización (merecedora de un tratamiento reglamentario específico contemplado en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril), de las propias características de los sistemas tecnológicos instalados (con riesgos asociados a la energía eléctrica, la maquinaria móvil, el mal uso o errores de los automatismos), de las herramientas manejadas (ordenadores, impresoras o fotocopiadoras), de factores físicos (iluminación, luminosidad, brillo, deslumbramiento, contraste inadecuado, temperatura, humedad, ruido, entorno polvoriento, falta de ventilación, hacinamiento...), químicos (tóner, tintes, productos de limpieza...) o ergonómicos (malas posturas, movimientos repetitivos, inadecuación del mobiliario...) y, sobre todo, psicosociales.

## **2. Principales estresores: factores desencadenantes de afecciones psicosociales en un entorno productivo automatizado.**

Este proceso de “digitalización” implica la transformación del sistema tradicional de la prestación de servicios, caracterizado por el prototipo de trabajador subordinado de una gran fábrica, ocupado a tiempo pleno y en exclusiva y con total integración espacio-temporal, hacia un quehacer centrado en lo digital e hiperinformado (teletrabajo, trabajo en la nube, plataformas de trabajo participativo, apps, crowdwork, extensión de tareas en red, etc.) con horarios menos delimitados y más flexibles pero con mayores exigencias de rentabilidad y de compromiso, lo cual provoca un aumento de la carga de trabajo o un sentimiento de presión o agobio constante. Surgen, así, severas patologías emocionales o cognitivas asociadas al “tecnoestrés”<sup>6</sup> en sus distintas manifestaciones (“tecnofobia”, “tecnoansiedad” o “tecnofatiga”, “tecnofilia” o “tecnoadicción”)<sup>7</sup> derivadas de una acumulación de factores que conviene describir siquiera brevemente.

### **2.1. Sobrecarga de tareas.**

En el alto ritmo productivo impuesto, con presiones para decidir o ejecutar casi de inmediato, contempladas a partir del escaso tiempo asignado a cada tarea, la necesidad de recuperar retrasos o los períodos de esfuerzos a realizar con rapidez; en la exigencia de mucha concentración o atención sostenida durante largos espacios temporales<sup>8</sup> (a medir como intensidad para recibir informaciones y elaborar respuestas, así como constancia con que debe ser sustentada o frecuencia de aparición de elementos nuevos, capaces de provocar lapsus o bloqueos que actúan como mecanismos automáticos de regulación del organismo frente a la fatiga)<sup>9</sup>; o, en último término, en el deber de llevar a la práctica actuaciones condicionadas por una burocracia excesiva, estar sometidas a interrupciones continuas o depender de otros trabajos previos para poder alcanzar el resultado esperado, pudiendo dar lugar a tareas inacabadas que no parecen tener fin<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> DEL VALLE, J.M. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Innovación tecnológica y contrato de trabajo (I). Prevención de nuevos riesgos laborales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2008, pág. 329.

<sup>6</sup> Como ejemplo paradigmático, cabe mencionar la STSJ Madrid 6 julio 2016 (EDJ 6895), que reconoce una incapacidad permanente absoluta a un ingeniero de telecomunicaciones con alergia al wifi, pues esta afección le impide trabajar en entornos con campos electromagnéticos.

<sup>7</sup> ALFARO DE PRADO SAGRERA, A.: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, pág. 125.

<sup>8</sup> NTP 534: *Carga mental: factores*, 1999 o NTP 703: *El método COPSOQ (ISTAS 21, PSQCAT 21) de evaluación de riesgos psicosociales*, 2006.

<sup>9</sup> NTP 445: *Carga mental de trabajo: fatiga*, 1997.

<sup>10</sup> NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, 1998.

Todo ello sin olvidar, como dato adicional a sopesar, la aplicación en muchos casos de la conocida como “ley de hierro”: cuando alguien presta sus servicios de forma óptima y rinde de una manera eficiente se procede a encomendarle mayores dosis de actividad, lo cual redundará en su propio perjuicio<sup>11</sup>.

## 2.2. Empobrecimiento de cometidos y conflicto de rol.

Los avances tecnológicos generan, en su envés, un empobrecimiento del puesto de trabajo al reducir las habilidades y capacidades requeridas, motivando un desajuste ocupacional<sup>12</sup>, derivado de la realización de tareas largas, uniformes, aburridas y asociadas normal o principalmente a la somnolencia, frustración y disminución o fluctuación del rendimiento<sup>13</sup>. Muchas veces, la monotonía provocada por el adelgazamiento de los quehaceres al reducir las habilidades y capacidades exigidas, siendo frecuente también la sensación de frustración ante problemas técnicos que dificultan el ejercicio de la actividad o ante conflictos con clientes o usuarios. Otras veces la convivencia humano-máquina obliga al primero a seguir el ritmo del robot con la consiguiente tensión al no poder salirse de un patrón predefinido<sup>14</sup>.

Es más, la dependencia de decisiones algorítmica provoca una “falta claridad sobre el cometido laboral a desempeñar o los objetivos buscados por el proceso productivo”<sup>15</sup>, siendo frecuente el surgimiento de problemas no bien definidos. Muchas veces el trabajador dispone de una información inapropiada (por imprecisa, ausente, incoherente, incomprensible, tardía, interpretable de distintas maneras y cambiante o con graves diferencias en su recogida, tratamiento y transmisión)<sup>16</sup> sobre su función en los objetivos de la actividad, su autoridad y responsabilidades y comunicación con los demás<sup>17</sup>. En consecuencia, el trabajador viene forzado a actuar contra sus propios principios, creencias o convicciones, o se encuentra permanentemente confuso respecto a cuáles sean sus competencias o responsabilidades<sup>18</sup>, lo cual le provoca tensión, ansiedad, agotamiento emocional, depresión, fatiga, quejas somáticas, propensión a abandonar la organización, sentimientos de resentimiento y pérdida de autoestima<sup>19</sup>; todo ello acompañado, casi siempre, de “ausencias al trabajo que amén de su causa próxima, en su razón eficiente cabe apreciar una vieja motivación: la sensación de agobio”<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Pearson Educación), 2004, pág. 63.

<sup>12</sup> FRENCH, J.R.P. y CAPLAN, R.D.: “Organizational stress and individual strain”, en AA.VV. (MARROW, A.J., Ed.): *The failure of success*, Nueva York (Amacon), 1973, págs. 30 y ss.

<sup>13</sup> NTP 445: *Carga mental de trabajo: fatiga*, 1997.

<sup>14</sup> LÓPEZ PELÁEZ, A.: “Mejoras en la seguridad y en la salud a través de la aplicación de estrategias de la automatización avanzada”, *Prevención, Trabajo y Salud*, núm. 24, 2003, págs. 11 y ss.

<sup>15</sup> MUNUERA MORENO, G.: *Estrés laboral. Mobbing y organización del trabajo*, Madrid (CC.OO. Federación de Servicios y Administraciones Públicas), 2002, págs. 69 y ss.

<sup>16</sup> NTP 438: *Prevención del estrés: intervención sobre la organización*, 1997 o NTP 443: *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1997.

<sup>17</sup> NTP 388: *Ambigüedad y conflicto de rol*, 1995.

<sup>18</sup> AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004, pág. 83.

<sup>19</sup> PEIRÓ, J.M.: *Desencadenantes del estrés laboral*, Madrid (Eudema), 1992, pág. 53.

<sup>20</sup> BORRITZ, M. et alii: “Burnout as predictor of self-reported sickness absence among human service workers: prospective finding from three year follow up of the PUMA study”, *Occupational and Environmental Medicine*, núm. 63, 2006, pág. 99.

### 2.3. Temor a la pérdida del empleo.

Los adelantos técnicos conllevan una acusada disminución en el nivel de ocupación de la población activa o, por lo menos, una marcada sustitución de trabajadores y pérdida de puestos asociados a tareas mecánicas, rutinarias o manuales, administrativas y no especializadas<sup>21</sup>. Como con acierto se ha dicho, del mismo modo que la automatización está provocando la destrucción de puestos de trabajo mecánicos, manuales y repetitivos, la inteligencia artificial y el big data amenazan los de perfil administrativo y no especializados<sup>22</sup>.

La denominada “fábrica inteligente”<sup>23</sup> ha supuesto una importante mutación en las profesiones demandadas por un remozado modelo de negocio, basado en la economía *on line* (*gig economy, on demand economy, P2P economy, platform economy o sharing economy*)<sup>24</sup>, que exige el desarrollo de un “talento digitalcognoscitivo”<sup>25</sup>, en detrimento de las ocupaciones menos tecnológicas, todo ello bajo una afanosa búsqueda de las mayores posibilidades productivas, acompañadas, no obstante, de una amenaza constante de pasar a la situación de desempleado ante el desempeño por robots de gran parte de las tareas o del posible acceso a bienes y servicios sin intermediación de empresa alguna. Ello sin olvidar tampoco la reconversión de las funciones por la sucesiva innovación técnica capaz de justificar despidos por causas objetivas derivados de la ineptitud sobrevenida para el puesto<sup>26</sup>, quedando reconducidas las tareas al ámbito STEM (*Science, Technology, Engineering and Maths*).

A este temor reverencial a quedar expulsado del mercado de trabajo, se une la angustia derivada de trabajar, en muchas ocasiones, en condiciones precarias (destajos, escasas retribuciones, disponibilidad permanente...), acompañadas de una progresiva deslaboralización, descentralización y externalización, con manifestación en la fragmentación del proceso productivo y la subcontratación de pequeñas empresas (microempresas) y autónomos, a las que no logra dar certera solución el art. 24 Ley

---

<sup>21</sup> Tras la automatización de la industria en los siglos XVIII y XIX (considerada industria 1.0), la división del trabajo y la producción en cadena de principios del siglo XX (industria 2.0), y la revolución tecnológica de finales del siglo pasado (industria 3.0), la nueva se basa en la digitalización de la economía. RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 5, núm. 1, 2017, pág. 8.

<sup>22</sup> BLANCO MUÑOS, M.: “Incertidumbres, amenazas y oportunidades de la industria 4.0”, *Trabajo Sindical*, núm. 125, 2017, pág. 16.

<sup>23</sup> JOVER RAMÍREZ, C.: “El fenómeno de la gig economy y su incidencia en el Derecho del Trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2019, 2018, pág. 101.

<sup>24</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Transformación económica y norma laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 39, 2018, pág. 11. El concepto economía colaborativa implica la utilización de plataformas de internet que persiguen: compartir productos o servicios (*sharing economy*), aprovechamiento mutuo de los recursos (consumo colaborativo), intercambios o trueques entre pares (*P2P economy*), economía de plataforma para intermediar entre clientes y proveedores (*platform economy*), realización de encargos o tareas (*gig economy*) y prestaciones de servicios bajo demanda (*on demand economy*). DE LAS HERAS GARCÍA, A. y LANZADERA ARENCIBIA, E.: “El trabajo en plataformas digitales, puro... y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario, 2019, pág. 59.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo vs el trabajo del futuro*, Madrid (Colex), 2017, págs.13 y ss.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La prestación de servicios a través de plataformas digitales: cambios en la organización del trabajo y en las relaciones laborales”, en AA.VV (MIRANDA BOTO, J.M., Dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid (Cinca), 2018, pág. 211.

31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), desarrollado por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, ni tampoco la Ley 20/2007, de 20 de julio.

#### 2.4. Trazabilidad: acumulación de información en ficheros y elaboración de perfiles.

Siendo estos corolarios importantes, tampoco cabe olvidar cómo uno de los efectos más vistosos que –descendiendo de lo general a lo particular– las nuevas tecnologías provocan en el desarrollo de las relaciones laborales es la “hiperdatificación” del lugar de trabajo<sup>27</sup>, donde la empresa se convierte en un emisor y un receptor constante de noticias, las cuales de forma simple, descontextualizadas o combinadas entre sí, a través del uso de ficheros, pueden contribuir a definir el devenir completo de los trabajadores o candidatos a una ocupación, lo cual creará un clima psicosociológico de permanente control, esto es, la conciencia en los asalariados de poder ser conocidos en todos sus aspectos y circunstancias ante el deseo patronal de contar con el mayor número de referentes<sup>28</sup>. Y ello porque en la era de la información, gran parte del trabajo de los especialistas en recursos humanos consiste en recopilar la máxima información sobre el trabajador (habilidades, conocimientos, aptitudes, actitudes, formación, propensión a enfermedades, relaciones con compañeros, etc.) para mejorar de esta manera la adopción de decisiones internas (contratación, ascensos, despidos, incremento de horas de trabajo, movilidad geográfica, pago de *bonus* salariales, etc.)<sup>29</sup>.

Así pues, uno de los más apreciables factores vinculados a la generalización de estos sofisticados utillajes técnicos en el complejo universo de las organizaciones productivas radica en la atribución de enormes potencialidades estratégicas en materia de gestión de personal al quedar exponencialmente ampliada la capacidad de obtención, acumulación, retención, elaboración y transmisión de información, permitiendo al empresario un conocimiento completo del perfil de los trabajadores actuales o futuros, en el que se incluyen (cual “teselas de un mosaico”)<sup>30</sup> desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales pertenecientes al ámbito de su privacidad, consecuencia del mero desarrollo de actividades ordinarias dentro de la empresa en un contrato de tracto sucesivo y, cómo no, de la multiplicación de las posibilidades conferidas al empresario para supervisar la ejecución de la prestación laboral concertada por los trabajadores a su servicio, en el ejercicio de un control dotado de mayor intensidad y amplitud respecto de sus modalidades precedentes<sup>31</sup>. Lo más característico del *e-work* radica en que el uso de

<sup>27</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en AA.VV (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 10.

<sup>28</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, *Información Laboral*, núm. 11, 2018 (BIB 2018/3994).

<sup>29</sup> TODOLÍ SIGNES, I.: “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”, en AA.VV.: *El futuro del Trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), 2019, pág. 1641.

<sup>30</sup> CASTELLS ARTECHE, J.M.: “La limitación informática”, en AA.VV (MARTÍN RETORTILLO, S., Coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid (Civitas), 1991, pág. 924.

<sup>31</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pág. 19.

la tecnología digital permite con gran facilidad acceder, almacenar, procesar y transmitir información sobre los asalariados presentándola en forma de audio, texto y/o imagen<sup>32</sup>.

## 2.5. Incremento de las facultades de vigilancia empresarial.

El poder directivo encuentra en los adelantos tecnológicos un instrumento clave para mejorar la efectividad de la organización y el rendimiento del empleado, quedando superados los métodos más clásicos propios del sistema fordista, basados en la vigilancia personal, directa e inmediata de la ejecución de la prestación de servicios dependiente y por cuenta ajena por otros más perfeccionados, incorporados muchas veces a las propias herramientas de trabajo, que permiten una vigilancia más penetrante e incisiva por continua y exhaustivamente panorámica de la actividad laboral que sobrepasa muchas veces las fronteras del *locus laboris* con el objetivo último de conseguir trabajadores altamente eficientes y eficaces<sup>33</sup>, esto es, *quasi* perfectos o, mejor, “sin defectos” (*salariés-zéro-deéfaut*)<sup>34</sup>.

En definitiva, las nuevas tecnologías no solamente provocan un abaratamiento del coste de acceso a la información sino que también conllevan una rebaja sin precedentes en el precio del procesamiento de dicha información aplicando una sencilla programación matemática (*machine learning*) sin intervención de la jerarquía humana, lo cual redundo, a su vez, en un abaratamiento sustancial en la gestión de los recursos humanos aun a riesgo de agredir derechos fundamentales de los trabajadores<sup>35</sup>, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen o la libertad informática, al tiempo que puede provocar efectos negativos sobre la salud mental de los trabajadores<sup>36</sup>. Estas consecuencias cobran realidad renovada en una implementación de sistemas de control de la actividad laboral excesivamente rigurosos o exhaustivos, bien dentro de la empresa, bien a distancia, llegando a alcanzar incluso a conductas extralaborales, no en vano los códigos de espacio y tiempo van a quedar difuminados. Un examen tan exhaustivo y permanente de los trabajadores que llegue a acabar con cualquier resquicio de intimidad y autonomía en la dispensa de la actividad profesional supondría situar el poder de vigilancia en una dimensión inhumana, capaz de poner en peligro no sólo la libertad y la dignidad del trabajador, sino también su propio equilibrio psíquico, y de elevar el poder empresarial al grado de "omnipotente, anónimo e invisible"<sup>37</sup>.

## 2.6. Acoso cibernético.

Mención especial merece una nueva modalidad de violencia, cual es el acoso en sus diversas modalidades (sexual, sexista, moral, discriminatorio, etc), manifestado como la intimidación y hostigamiento a través de la tecnología, que puede darse en cualquier

---

<sup>32</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019, pág. 11.

<sup>33</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid (Civitas), 1998, pág. 147.

<sup>34</sup> RAY, J.: “Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination”, *Droit Social*, núm. 6, 1992, pág. 532.

<sup>35</sup> TODOLÍ SIGNES, A.: “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018, págs. 69 y ss.

<sup>36</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 2019, pág. 130.

<sup>37</sup> BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Turín (Giappichelli), 1985, pág. 67.

momento del día y en cualquier lugar<sup>38</sup>. Generalmente, aunque el concepto clásico está siendo superado en algunos de sus elementos, es perpetrado por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, desde una posición de poder –jerárquico o no–, de forma repetida y sistemática durante un cierto tiempo en contra de la voluntad de la víctima y con el fin de perjudicar su salud o su integridad física y psíquica<sup>39</sup>. En ocasiones, los acosadores vierten a través de la red informaciones falsas con la intención de dañar la imagen profesional y personal del sujeto pasivo y, de esta forma, afectar negativamente a su desarrollo profesional. Ilustrativos son los hechos consistentes en perseguir a un superior fuera del lugar de trabajo, que se hallaba practicando deporte, instándole a hablar sobre el sistema de reparto de trabajo, de forma reiterativa durante varios minutos, insistentemente, grabando la situación con su teléfono móvil sin el consentimiento del superior e intentando que este se manifieste; hasta el punto de llamarlo cobarde, y profiriendo expresiones recriminatorias y ello hasta que el superior pudo huir pidiendo a gritos un taxi que le sacara de esa situación atosigante, para después colgar en Facebook la grabación a resultas de la cual fue mofa de los compañeros de trabajo<sup>40</sup>.

Singular atención debe dedicarse también al lamentable suicidio de una joven trabajadora, madre de dos hijos pequeños y esposa de otro compañero de trabajo, a raíz de la difusión de una grabación íntima, cinco años más tarde de realizarla de una forma voluntaria y enviada a quien en aquel momento era su pareja, también compañero de trabajo. El vídeo llegó a convertirse en viral dentro de la red de mensajería instantánea en la que se había difundido por whatsapp. Tras ponerse en contacto con la empresa, ésta no activó el protocolo de acoso por considerar que se trata de una cuestión al margen de la relación laboral, cuya vía de denuncia adecuada debía ser civil o mercantil, limitándose a ofrecer a la trabajadora una medida inmediata de naturaleza individual (baja o traslado), rechazada por la afectada.

Tal secuencia pone de manifiesto la importancia de crear entornos laborales libres de toxicidad psicosocial, diseñando normas éticas o protocolos, que incluyan concretas obligaciones y compromisos de los trabajadores, a modo de buenas prácticas o guías, cuya finalidad no sólo sea no perjudicar la reputación de la empresa, sino la de preservar a los empleados de opiniones, comentarios o manifestaciones peyorativas que se pudieran publicar en internet y en las redes sociales<sup>41</sup>.

Es ingente, asimismo, la variedad de conductas en presencia relacionadas con la modalidad del acoso sexual, siendo menester aludir como más significativas a las siguientes extraídas de algunos pronunciamientos judiciales, a saber: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de julio de 2012<sup>42</sup>, en la que se confirma el hostigamiento sexual de un superior jerárquico a través de comentarios incluidos en Facebook, la STSJ Cataluña de 5 de octubre de 2018, donde el acoso deriva del envío de mensajes en horas intempestivas por mensajería instantánea<sup>43</sup>, la STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2015, referida a un trabajador que publica un comentario en Facebook

<sup>38</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario la Ley*, núm. 9452, 9 julio 2019, pág. 8.

<sup>39</sup> DE VICENTE PACHÉS, F.: *Ciberacoso en el trabajo*, Madrid (Atelier), 2018, pág. 51.

<sup>40</sup> STSJ Galicia 29 mayo 2019 (rec. 682/2019), comentada por MOLINA NAVARRETE, C.: “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019, pág. 157.

<sup>41</sup> DE VICENTE PACHÉS, F.: *Ciberacoso en el trabajo*, cit., pág. 244.

<sup>42</sup> Rec. 2811/2012.

<sup>43</sup> Núm. 5206/2018.

profiriendo incultos a una trabajadora de sesgo sexista<sup>44</sup> o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014<sup>45</sup> que declara nulo el despido de una empleada de hogar, que puede demostrar las proposiciones sexuales vertidas a través de la reproducción de varios mensajes de su empleador<sup>46</sup>.

Aunque de conformidad con la más reciente doctrina constitucional no es necesario que concurra una actualización de daños psicológicos ni tampoco un nivel de violencia extrema con el ánimo de humillar, aislar e incluso destruir a la víctima<sup>47</sup>, lo cierto es que el sujeto que sufre el acoso puede llegar a presentar un cuadro patológico severo: ansiedad, presencia de un miedo acentuado y continuo, sentimiento constante de amenaza en su tiempo de trabajo, pensamientos de fracaso, impotencia y frustración, baja autoestima o apatía, así como problemas de concentración. Este tipo de sensaciones negativas pueden dar lugar a que el trabajador afectado desarrolle comportamientos paliativos tales como drogodependencias y otros tipos de adicciones, que además de constituir comportamientos patológicos en sí mismos pueden agravar las dolencias al punto de sumir al individuo en trastornos paranoides e incluso suicidas<sup>48</sup>. No son infrecuentes tampoco las manifestaciones físicas asociadas al acoso, tales como trastornos cardiovasculares (hipertensión, enfermedad coronaria, arritmias, enfermedad de Raynaud), respiratorios (asma, hiperventilación, sensación de ahogo), musculares (dolores, temblores, contracturas, artritis), gastrointestinales (intolerancias, úlceras, colon irritable), endocrinos (diabetes e hipoglucemia, disfunción suprarrenal, hipertiroidismo, hipotiroidismo) o dermatológicos (urticaria, exceso de sudoración, dermatitis atópica, pérdida de cabello)<sup>49</sup>.

Con la nueva definición constitucional de acoso en la que se ha desmontado uno de los tópicos más míticos del concepto-tipo jurisdiccional, deviniendo irrelevante, para su activación, el elemento de la intencionalidad, de modo que cabe atender tan solo al riesgo relevante de sufrir un padecimiento personal, siempre que sea grave y cierto, sin que sea necesario que la lesión de la integridad moral se haya consumado, así como con la nueva regulación normativa de la OIT (Convenio número 190 sobre acoso y violencia en el trabajo y Recomendación complementaria sobre el mismo objeto), se abren nuevas expectativas de tutela, pues permitirá una mejora en el nivel de estimaciones en el ámbito judicial. Ahora bien, queda lo más importante: su proyección en el día a día de las relaciones de trabajo al objeto de conseguir entornos laborales libres de acoso, objetivo que se hace más acuciante en el momento presente de transición digital, donde están aflorando nuevas modalidades de acoso facilitadas por nuevas herramientas tecnológicamente avanzadas<sup>50</sup>.

## 2.7. Hiperconectividad.

La combinación entre los avances en la digitalización y en la robotización implica una sustancial absorción de los trabajos directos y rutinarios por las máquinas, lo cual provoca que la presencia continuada del trabajador en el centro de trabajo pierda su sentido. En

<sup>44</sup> Núm. 6585/2015.

<sup>45</sup> Rec. 864/2014.

<sup>46</sup> En el mismo sentido, la STSJ Castilla-La Mancha 12 febrero 2015 (rec. 1719/2014).

<sup>47</sup> STCo 56/2019, de 6 de mayo, comentada por CORREA CARRASCO, M.: “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019, págs. 166 y ss.

<sup>48</sup> NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, 1998.

<sup>49</sup> AGRA VIGORCOS, B; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004, pág. 92.

<sup>50</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La ‘des-psicologización’ del concepto constitucional del acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019, págs. 119 y ss.

los momentos actuales “cualquier utensilio conectivo, sean correos electrónicos, móviles, tabletas, teléfonos inteligentes, etc., transmuta los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales pues ubican a los trabajadores fuera de las unidades productivas típicas: empresas, centros y puestos. La unidad locativa por excelencia, o sea, el puesto de trabajo, se antoja móvil, abierto, multifuncional y des-especializado”<sup>51</sup>.

Gracias a los sistemas de videoconferencias, del correo electrónico, el whatsapp, las redes sociales, el alojamiento en la nube y todo un sinfín de herramientas de negocio colaborativo disponibles a través de internet, los trabajadores pueden recibir órdenes e instrucciones del empresario en cualquier lugar y también cualquier día de la semana o del año y a cualquier hora del día o de la noche (*anywhere, anytime*)<sup>52</sup> haciendo quebrar el conocido como “estándar de tiempo de trabajo”<sup>53</sup>. La realidad demuestra que un 64 por 100 de la población desarrolla cometidos profesionales en horas libres y un 68 por 100 recibe mails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral<sup>54</sup>, con cifras que para los ejecutivos y los autónomos ni siquiera sirven de referencia, y que encuentran en tal programación de la jornada un estresor ocupacional derivado tanto de las exigencias a las cuales quedan sometidos (existan o no tiempos de compensación) como de su negativo balance entre trabajo y vida. Con cierto paralelismo a lo que sucedió con la implantación de la energía eléctrica en la industria que eliminó el presupuesto natural del trabajo de “sol a sol”, habilitando el quehacer nocturno, la digitalización permite el trabajo las veinticuatro horas del día de los 365 días del año<sup>55</sup>, surgiendo nuevas necesidades dignas de atención, singularmente la necesaria prevención del estrés laboral inherente.

El trabajo móvil conectado a una red otorga un importante grado de autonomía al trabajador pero le coloca en una situación de disponibilidad permanente que supone una prolongación excesiva de su jornada de trabajo y carga laboral. De esta forma, la flexibilidad que se introduce en el tiempo de trabajo tiene como consecuencia horarios de difícil precisión, así como una necesidad de comunicación casi constante entre empresario y trabajador<sup>56</sup>. Sin ninguna duda, los asalariados digitales prolongan su actividad de trabajo más allá de los estándares convencionales<sup>57</sup>. Como ha señalado la doctrina, este problema no se da sólo en los eslabones de la cadena de los trabajadores menos cualificados del nuevo “taylorismo digital” (“peones o precarios digitales”, anteriormente “cuellos azules”), sino también en los cualificados (“ingenieros del

<sup>51</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

<sup>52</sup> DANS SOTOMAYOR, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en AA.VV (RAMOS QUINTANA, M.I., Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Pamplona (Aranzadi), 2017, págs. 63 y ss.

<sup>53</sup> RIEDMANN, A. et alii: *Working time and work-life balance in European compaies. Establishment survey on working time 2004-2005*, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas), 2006, pág. 4.

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo”, *Fundación para el diálogo social 2017*, págs. 21 y 22.

<sup>55</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pág. 29.

<sup>56</sup> SERRANO ARGÜESO, M.: “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, volumen 7, num. 2, 2019, pág. 170.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Madrid (Fundación para el diálogo social), 2017, págs. 21 y 22.

conocimiento digital”, otrora “cuellos blancos”)<sup>58</sup>, normalmente más hiperconectados, bien por su propio rol, bien por la asunción de determinadas responsabilidades<sup>59</sup>.

### 3. El teletrabajo como ámbito especialmente expuesto a la depresión y ansiedad.

Los problemas de salud mental cobran significativa intensidad en el trabajo a distancia o, mejor, en su nueva versión de teletrabajo, entendido como un modo de organizar la actividad laboral que aligera costes de infraestructura ante el uso intensivo de medios tecnológicamente avanzados (teléfono, fax, correo electrónico, módems, redes de área local, videoconferencia, etc.), permitiendo la separación física del trabajador de la oficina central o del centro de producción<sup>60</sup>, bien se desarrolle en el propio domicilio del trabajador (conocido como “SOHO” por sus siglas en inglés, *small office, home office*), bien en centros comunitarios de *co-working* (los *cottages centres*), bien en lugares variables, itinerantes o nómadas<sup>61</sup>.

La comunicación rápida y constante del empleado con su empresario a través de herramientas de procesamiento electrónico de la información<sup>62</sup>, unida al desarrollo de un quehacer profesional que exige pasar largos períodos de tiempo solo, sin contacto ni con compañeros ni con clientes, se han revelado como una forma moderna de prestación de la actividad laboral adaptada a las novedosas necesidades empresariales, pero, al tiempo, fuente de riesgo para la salud mental, asociado a la depresión y la ansiedad. Es indiferente, por lo demás, que la conexión sea off line (la realización de la actividad laboral se lleva a cabo a través de un disco compacto, disquetes, USB u otros medios tecnológicos o mecánicos como correo convencional, dado que no existe conexión telemática con la empresa), on line (el trabajador debe hacer uso de las telecomunicaciones para recibir, informar, recoger órdenes de trabajo y resultados hacia la empresa y viceversa), one way line (las tareas se desarrollan con un terminal conectado a un ordenador o sistema central de la empresa donde fluyen los datos), two way line (el trabajador desarrolla su actividad con un terminal conectado a una red, permitiendo intercambiar la información con la empresa y con los diferentes ordenadores) e, incluso, “off shore” (cuando se desarrolla en uno o varios países distintos de aquél donde se ubica la empresa matriz)<sup>63</sup>.

Con cualquiera de estos modelos, la salud neuronal del trabajador puede sufrir graves atentados, pues tanto en el “teletrabajo interactivo” como en el que se desarrolla “sin conexión telemática inmediata”, el empleado se encuentra expuesto a estrecha vigilancia, bien directa y en tiempo real, bien diferida, mediante la utilización de determinados programas in accounting<sup>64</sup>, quedando sometido al sufrimiento de elevados niveles de estrés.

---

<sup>58</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019, pág. 15.

<sup>59</sup> SERRANO ARGÜESO, M.: “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, cit., pág. 185.

<sup>60</sup> AA.VV (SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L., Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2016, págs. 234 y ss.

<sup>61</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2016, p. 42.

<sup>62</sup> GARCÍA ROMERO, B.: *El teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 36.

<sup>63</sup> POQUET CATALÁ, R.: “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 351, 2012, pág. 147.

<sup>64</sup> PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMENECH, C.H.: “Trabajo a distancia vs. Teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, pág. 217.

A la par, la necesidad de rápidas respuestas y las posibilidades de atención permanente están eliminando todas las fronteras entre lo personal y lo profesional, difuminando las separaciones entre jornada de trabajo y tiempo de descanso<sup>65</sup>, lo cual provoca un cierto trastorno compulsivo e involuntario a continuar trabajando, unido a un desinterés general por otro tipo de actividades (workalcoholism).

Por otra parte, además del sedentarismo que provoca trabajar muchas horas delante de un ordenador, la facilidad de acceder a la comida en cualquier momento de la jornada puede conllevar una marcada “obesidad funcional”<sup>66</sup>. Ello sin olvidar que siempre es necesaria una fuerte autodisciplina y motivación para realizar las tareas con la debida concentración y para fijar tiempos de esparcimiento, circunstancias que no todos los sujetos poseen al ser propias de las personalidades más resilientes. El hecho de realizar el esfuerzo productivo en teletrabajo a deshora provoca en el trabajador una evidente alteración o desincronización de su frecuencia circadiana natural<sup>67</sup>; los patrones de temperatura corporal y del ritmo de excreción de adrenalina también se ven enormemente afectados<sup>68</sup>; por no seguir, los trastornos en el sueño, al no contemplar todas las fases (significativamente, el sueño rápido o paradójico, llamado a cumplir la labor de recuperación física), provocan un síndrome muy parecido a la fatiga nerviosa o astenia psíquica, caracterizado por una sensación de laxitud capaz de dar pie a una importante dificultad para hacer esfuerzos intelectuales, dar la impresión de tener la “cabeza vacía” y ser más propenso a errores o a faltas; y si se cronifica, produce alteraciones de tipo nervioso como la hiperestesia emocional, la irritabilidad, la pérdida del apetito y del interés sexual o la depresión<sup>69</sup>. En fin, también supone alteraciones en la vida social, llevando a la intolerancia en las relaciones familiares; o, por el contrario (y, sobre todo, cuando se trabaja preferentemente en horario nocturno), a considerarse aislado o innecesario, creando un sentimiento de inferioridad, acompañado, de ordinario, por descargas cansinas y una sintomatología de tipo vegetativo<sup>70</sup>.

Palpita además un cierto sentimiento de extrañamiento por distancia, monotonía y aislamiento físico<sup>71</sup>, particularmente manifiesto cuando el trabajo se desarrolla en el propio domicilio y no tan patente cuando se lleva a cabo en telecentros, es decir, entramados compartidos por varias empresas normalmente pequeñas y medianas, en los que se utilizan recursos comunes<sup>72</sup>. El hombre es, por definición, un ser social, necesitado de sus semejantes<sup>73</sup>; razón por la cual, el hecho de realizar la actividad productiva en soledad, sin otras personas que desarrollen su labor en el mismo recinto, por lo general sin contacto visual tampoco con otros seres humanos y, a menudo, sin poder ser oídos sin el uso de aparatos

<sup>65</sup> Importante es la STSJ Castilla y León 3 febrero 2016 (rec. 2229/2015), que obliga a una empresa a abonar horas extraordinarias a los teletrabajadores, comentada por MIRÓ MORROS, D.: “El control de la jornada y el teletrabajo”, *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/3956.

<sup>66</sup> DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid (CEF), 2016, pág. 264.

<sup>67</sup> Reconociendo expresamente a la nocturnidad y turnicidad como origen de riesgos psicosociales en la DGITSS: *Guía de actuación inspectora en factores psicosociales*, 2006.

<sup>68</sup> PEIRÓ, J.M.: *Desencadenantes del estrés laboral*, cit., pág. 43.

<sup>69</sup> NTP 260: *Trabajo a turnos: efectos médico-patológicos*, 1989.

<sup>70</sup> NTP 455: *Trabajo a turnos y nocturnos: aspectos organizativos*, 1997 o NTP 502: *Trabajo a turnos: criterios para su análisis*, 1998.

<sup>71</sup> DÍAZ FRANCO, J.J.: “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en AA.VV (COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 150.

<sup>72</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y KAHALE CARRILLO, D.T.: *Teletrabajo*, Madrid (Francis Lefebvre), 2013, pág. 28.

<sup>73</sup> BONA, M. y OLIVA, U.: “El fenómeno del *mobbing*”, en MONATERI, P.; BONA, M. y OLIVA, U.: *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milán (Giuffrè), 2000.

eléctricos o electrónicos, puede llevar a un desequilibrio en el individuo con conductas alteradas en, al menos, un triple nivel<sup>74</sup>: 1) Cognitivo, derivado de la falta de información, formación o medios, cuya carencia obliga, para tomar decisiones, a recurrir a la propia experiencia, sin poder intercambiar conocimientos u opiniones con otros, lo cual hace que elaborar respuestas sea más difícil, llevando a la incertidumbre o al error. 2) De fatiga patológica, como una carga susceptible de traducirse en un sentimiento insoportable de lejanía y/o angustia o estrés. 3) Socio-afectivo, sobre todo en los quehaceres rutinarios, que deriven en aburrimiento, descenso de la vigilancia o pérdida de la noción del tiempo. El aislamiento, no sólo físico sino también psicológico, le impedirá, por ende, encontrar cualquier tipo de apoyo en sus compañeros, quedando sumido en una situación insoportable de vacío y viendo seriamente mermada su autoestima.

En fin, pese a la bien intencionada previsión del art. 13 ET (“los trabajadores a distancia... tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud”), la LPRL tiene muy poca impronta sobre el medio en que el teletrabajo se desarrolla, pues el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio tiene como consecuencia que la Inspección de Trabajo sólo podrá acceder a comprobar las condiciones laborales contando con el consentimiento del titular.

#### 4. Posibilidades de desconexión. Una atención legal muy superficial.

Sin ninguna duda las nuevas tecnologías difuminan las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en las prestaciones a distancia, pero también en las presenciales, pues el trabajador se ve obligado directa o indirectamente a permanecer en contacto constante con la empresa para la que desarrolla la actividad profesional (*always on*). No es infrecuente que se vea compelido a contestar fuera de la jornada de trabajo al correo electrónico, al whatsapp, al móvil o responder un documento introducido en una carpeta Dropbox<sup>75</sup>.

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico venía contemplando previsiones normativas que avalarían más que sobradamente el derecho de los trabajadores al descanso [art. 19 ET relativo a la seguridad y salud en el trabajo y su desarrollo en la LPRL, art. 34 ET referido a horarios, descanso diario y jornada o arts. 37 y 38 ET relacionados con los asuetos semanales o anuales] e incluso el Tribunal Constitucional había situado a la dignidad humana como elemento determinante para distinguir tiempo libre de tiempo de descanso<sup>76</sup>, lo cierto es que hasta la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), no existía un desarrollo normativo expreso sobre la desconexión digital laboral<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> NPT 344: *Trabajos en situación de aislamiento*, 1995.

<sup>75</sup> SERRANO ARGÜESO, M.: “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, cit., pág. 171.

<sup>76</sup> STCo 192/2003, de 27 de octubre, en virtud de la cual “la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un nuevo factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que considere más conveniente. Tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y para lo que importa ahora la cláusula legal de la buena fe”.

<sup>77</sup> BARRIOS BAUDOR, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719).

El art. 88 LOPDyGDD reconoce ahora este derecho en el ámbito laboral, si bien no le confiere la naturaleza de ley orgánica, sino sólo de ley ordinaria reguladora del ejercicio del derecho a la intimidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como de cumplimiento de determinados principios rectores de la política social como el respeto al tiempo de descanso. Tal configuración no debe impedir, empero, entender que la sanción o despido por no “conectarse” y “responder” a los requerimientos de la empresa fuera del horario laboral habrían de considerarse nulos por atentatorios a los derechos fundamentales, de la misma manera que sería posible instrumentar para su defensa la vía de los arts. 177 y ss. LRJS<sup>78</sup>.

Este precepto pretende garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Se reconoce así la facultad del trabajador a no desarrollar actividades fuera de la jornada de trabajo, ni a ser contactado por el empleador a través de medios digitales o electrónicos, sin que su actitud negativa, pasiva o evasiva signifique como consecuencia desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo<sup>79</sup>. No obstante, quizá hubiera sido más conveniente configurar tal extremo como un deber para el empresario de no enviar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados, salvo en casos de urgente necesidad y de guardias domiciliarias consideradas como tiempo efectivo de actividad<sup>80</sup>, quedando tipificada su transgresión en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social<sup>81</sup>. En este sentido, cabe recordar cómo una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 27 de marzo de 2018<sup>82</sup>, reconoce que la empresa está obligada a contar con un procedimiento que permita al trabajador desactivar el sistema de posicionamiento global, de forma que no esté operativo a partir del momento en que finalice la jornada a no ser que el empleado preste su consentimiento.

Con mayor cortedad de miras, la LOPDyGDD dispone que las modalidades de ejercicio de esta facultad de desconexión “potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar” y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Esta previsión, sin duda, servirá de acicate para aumentar el número (muy

<sup>78</sup> PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pág. 151.

<sup>79</sup> MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: hacia un cambio de modelo en la expectativa de la empresa hiperconectada”, en AA.VV. (DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019, pág. 206; VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 217, págs. 167 y ss. o MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017, págs. 24 y ss.

<sup>80</sup> Tal y como sucede en el supuesto enjuiciado en la STJUE 518/15, de 21 de febrero de 2018, asunto *Matzak*, donde queda claro que “la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador (bombero belga) de dedicarse a sus intereses personales y sociales”.

<sup>81</sup> TALENS VISCONTI, E.E.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, núm. 4, 2018 (BIB 2018/8599).

<sup>82</sup> Rec. 2241/2017.

escaso hasta ahora salvo honrosas excepciones)<sup>83</sup> de convenios colectivos que aborden de forma específica esta cuestión, pero ante la ausencia de un mandato u obligación firme a los negociadores, que hubiera requerido una modificación y ampliación del contenido del art. 85.1 ET, puede resultar una declaración de buenas intenciones<sup>84</sup>. Hubiera sido deseable atribuir ese derecho a los representantes especializados en prevención de riesgos laborales (Delegados de Prevención y/o Comité de Seguridad y Salud) con el propósito de integrar el riesgo de fatiga informática en los documentos específicos de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16 LPRL) y en los deberes de información y formación de los trabajadores sobre riesgos laborales (arts. 18 y 19 LPRL)<sup>85</sup>.

Además, la LOPDyGDD permite que el contenido concreto y las modalidades del ejercicio de este derecho se establezcan por el empleador, previa audiencia (no necesariamente acuerdo) de los representantes de los trabajadores, por medio de una política interna que incluirá a los puestos directivos y prestará especial atención a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Parece, pues, que en defecto de convenio colectivo o de acuerdo de empresa, el empleador deberá abordar la elaboración de unas normas de política interna. Ahora bien, nada impide que aun cuando venga contemplado y regulado en instrumentos convencionales propiamente dichos, será conveniente que la empresa elabore normas internas más detalladas, respetando siempre lo dispuesto en el convenio o en el acuerdo de empresa<sup>86</sup>.

Sin lugar a dudas, con la utilización de la acepción “modalidades”, el legislador parece buscar no comprometerse demasiado dando cabida a un número incontable de soluciones, adaptadas a las exigencias del sector productivo, a la naturaleza y objeto de la relación laboral, el tipo de actividad realizada o las tareas concretas asumidas por el trabajador, así como a los específicos dispositivos empleados<sup>87</sup>, siendo necesaria la implantación de un sistema efectivo, objetivo, fiable y accesible de control del tiempo de trabajo desarrollado desde los distintos medios electrónicos<sup>88</sup>, cuestión sobre la que los pronunciamientos

---

<sup>83</sup> CC Grupo AXA (BOE, 10 octubre 2017); CC del sector Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (Res. 14 enero 2019); CC Barcelona Cicle de l'Agua (BOP Barcelona, 16 abril 2018); CC EUI Limitd Sucursal España (BOP Sevilla, 21 agosto 2018); CC ONCE (BOE, 18 enero 2018); el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DO Generalitat, 7 de septiembre 2018); el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol (4 enero 2018); el Acuerdo sobre el tiempo de trabajo de IKEA (junio de 2018) o el Plan de Igualdad del Hipermercado Carrefour (BOE, 26 enero 2019). Un estudio sobre tales instrumentos convencionales puede encontrarse en BARRIOS BAUDOR, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719). Vid., por extenso, las propuestas para incluir en la negociación colectiva diseñadas por UGT en el documento “*Estado de la negociación colectiva en seguridad y salud (2019)*”, comentadas por GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario, 2019, págs. 176 y ss.

<sup>84</sup> RECHE TELLO, N.: “El derecho a la desconexión digital como contenido del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral”, *comunicación presentada al 2nd SBRLAB International Virtual Conference. Finding solutions to societal problems, 12.14 december 2018*, Tarragona, Spain, pág. 193.

<sup>85</sup> MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: hacia un cambio de modelo en la expectativa de la empresa hiperconectada”, cit., pág. 215.

<sup>86</sup> ORELLANA CANO, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pág. 158.

<sup>87</sup> IGARTÚA MIRÓ, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019, pág. 69.

<sup>88</sup> STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), como garantía de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y en el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

judiciales habían sufrido algunos vaivenes. Mientras la Audiencia Nacional había considerado obligatorio el registro diario de la jornada de trabajo con independencia de que se realizaran o no horas extras<sup>89</sup>, sentencias posteriores del Tribunal Supremo habían estimado que no existe una obligación general de llevar un registro diario de la jornada, pues dicha obligación se refiere únicamente a las horas extraordinarias, interpretando el art. 35.5 ET, en el sentido de que si la intención del trabajador hubiese sido otra, habría incluido la referencia del registro y control de la jornada laboral en el art. 34 ET, imponiendo la necesidad de llevar un control de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria<sup>90</sup>.

Sin duda, llevar un registro de la jornada de trabajo es una forma de garantizar el derecho al descanso de los trabajadores<sup>91</sup>, tal y como se deduce del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, que exige a todas las empresas reflejar todos los días la dedicación temporal que realiza la plantilla (art. 34.9 ET)<sup>92</sup>. Elocuente es el tenor que utiliza esta previsión: “la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora... La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. En todo caso, el tiempo de trabajo y su adecuado control, evitando horarios excesivos o que usurpen el descanso y la vida familiar y personal del trabajador, deben ser considerados como un factor sustancial a contemplar en las evaluaciones de riesgos<sup>93</sup>.

Este registro horario se aplica a todos los trabajadores, con independencia de su categoría o grupo profesional, a todos los sectores de la actividad y a todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño u organización del trabajo, incluyendo a los trabajadores móviles, comerciales, temporales, a distancia o en cualquier otra situación en la que la prestación laboral no se desarrolla, de forma total o parcial, en el centro de trabajo de la empresa, si bien existen algunas excepciones como, por ejemplo, las relaciones laborales de carácter especial y las relaciones excluidas del ámbito de aplicación del ET<sup>94</sup>. Tal y como demuestra el criterio 101/2019 de la Inspección de Trabajo, las posibilidades técnicas para llevar a cabo dicho registro son muy amplias, no en vano puede hacerse a través de medios manuales

<sup>89</sup> SAN 4 diciembre 2015 (JUR 2015/242480).

<sup>90</sup> SSTS 23 marzo 2017 (RJ 2018/5024), 20 abril 2017 (JUR 2017/201013) y 20 diciembre 2017 (JUR 2018/8949).

<sup>91</sup> Cuando no se lleva un control horario, basta que el trabajador aporte unos indicios para cobrar horas extras habituales, de manera que si todos los días se supera la jornada máxima, no se ha de probar día por día y hora por hora trabajada. Así, acreditado un horario fijo superior al legal, incumbe al empresario probar que no se hacían horas extras porque es él quien debe llevar dicho registro, STSJ Canarias 31 enero 2019 (rec. 654/2018). En esta misma línea, si la empresa no aporta el registro de horas de un trabajador a tiempo parcial, se presume que su jornada es completa, STSJ Castilla y León 24 mayo 2019 (rec. 272/2019). *A sensu contrario*, la empresa tiene derecho a descontar de las nóminas los retrasos del fichaje de entrada, STSJ Castilla y León 20 mayo 2019 (rec. 115/2019).

<sup>92</sup> EREÑAGA DE JESÚS, N.: “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, Volumen 7, núm. 2, 2019, pág. 198. Entre los pronunciamientos más recientes, cabe mencionar la STS 19 marzo 2019 (rec. 30/2018), en virtud de la cual se considera tiempo de trabajo el dedicado a los eventos voluntarios realizados fuera de jornada a los que acuden los comerciales con clientes, pues están a disposición del empresario y en ejercicio de sus funciones, con independencia de la intensidad o voluntariedad de la actividad.

<sup>93</sup> QUÍLEZ MORENO, J.M.: “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pág. 317.

<sup>94</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”, *La Ley Unión Europea*, núm. 72, 31 julio 2019, pág. 5.

(firma del trabajador en soporte papel) o medios electrónicos (banda magnética, huella...) o informáticos (claves), pero lo cierto es que esta nueva regulación sigue anclada en un modelo de trabajo más propio del siglo pasado que del presente, donde es reducida la incidencia del trabajo presencial y va adquiriendo importancia progresiva la producción por objetivos, resultados, rendimiento o a comisión<sup>95</sup>.

Por lo demás, la empresa ha de conservar los registros durante cuatro años, permaneciendo a disposición de los trabajadores, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo. La Guía del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social entiende válido cualquier medio de conservación siempre y cuando se garantice su preservación y la fiabilidad e invariabilidad a posteriori de su contenido, ya sea en soporte físico o en cualquier otro que asegure idénticas garantías<sup>96</sup>. En fin, el nuevo art. 34.9 ET llama a la autorregulación, pues es a la negociación colectiva, o al acuerdo de empresa, a quien le corresponde fijar cómo se ha de organizar y documentar ese registro de la jornada, si bien la norma, en defecto de estos instrumentos, recoge la opción de que sea por “decisión del empresario previa consulta con la representación legal de los trabajadores de la empresa”<sup>97</sup>.

Al tiempo –y con mayor amplitud de miras–, existen determinadas cuestiones que deberían incorporarse a la negociación colectiva o a la política empresarial en lo que se refiere al derecho de desconexión aunque la LOPDyGDD no se refiere a ellas ni tampoco el nuevo art. 34.9 ET, a saber<sup>98</sup>: 1) La determinación de los tiempos de inactividad del trabajador, en los que no es posible que sufra ningún tipo de sanción por no contestar o negarse a realizar una actividad laboral si fuera requerido por el empleador. 2) La precisión de los supuestos excepcionales o de urgencia en los que el empresario podrá requerir que el trabajador desempeñe alguna actividad puntual y esporádica fuera de su jornada laboral, incluyendo la retribución inherente a tal labor y la mención expresa a la imposibilidad de sancionar al trabajador ante su negativa. 3) El establecimiento de sistemas de apagado total, el bloqueo de herramientas digitales, los períodos de “siesta digital”, el envío diferido de correos electrónicos o el redireccionamiento a los mails de otros trabajadores disponibles. 4) El diseño de cargas equilibradas de trabajo a través de cronogramas, evitando acumulaciones de tareas en determinados momentos.

Las principales dificultades en la confección de esta política interna se dejarán sentir en las organizaciones de reducidas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, donde no existen representantes de los trabajadores, surgiendo la duda de si esta atribución se podrá ejercer unilateralmente por el empresario o si debe ser oída toda la plantilla<sup>99</sup>. Todo ello sin olvidar que la desconexión será una quimera para un buen número de trabajadores:

---

<sup>95</sup>SERRANO ARGÜESO, M.: “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, volumen 7, num. 2, 2019, pág. 180.

<sup>96</sup>MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”, *La Ley Unión Europea*, núm. 72, 31 julio 2019, pág. 6.

<sup>97</sup>DE LA CASA QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario, 2019, pág. 125.

<sup>98</sup>ORELLANA CANO, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pág. 159.

<sup>99</sup>VIDAL, P.: “La desconexión digital laboral es ya una realidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 946, 2018 (BIB 2018/14232).

irregulares, precarios, falsos autónomos o a la llamada<sup>100</sup>. Igualmente, carece de toda proyección en las nuevas empresas digitales, donde los puestos de trabajo se antojan móviles, abiertos, multifuncionales, marcados por objetivos y des-espacializados<sup>101</sup>, máxime cuando la conexión no tiene lugar únicamente entre trabajadores y empresarios, sino también entre clientes y proveedores, dando lugar a nuevos modelos de negocio que permiten ofrecer productos y servicios de forma rápida y constante (“*on demand*”) a través de plataformas colaborativas creadoras de un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios a precios más bajos, poniendo en cuestión notas tradicionales del contrato de trabajo, tal y como sucede con la dependencia, realidad acompañada con una marcada subdivisión de tareas. Este nuevo tipo de trabajador, desvinculado con carácter exclusivo a un empleador, deslocalizado física y geográficamente, sujeto a prestaciones fraccionadas y micro remuneradas, encuentra difícil encaje legal y, por ende, su denominador común es la ausencia de una adecuada protección en cuanto a los derechos laborales se refiere<sup>102</sup>, deviniendo imposible el disfrute de la mayor parte de ellos, tal y como ocurre con el de desconexión.

Con todo, el art. 88 LOPDyGDD centra su regulación en la fatiga digital articulando el derecho al descanso, pero adolece un planteamiento más amplio desde el punto de vista de la tutela preventiva y tampoco toma en consideración otras posibles patologías asociadas a la digitalización como la degeneración visual, la exposición a ondas electromagnéticas u otros componentes de los dispositivos utilizados, las inflamaciones de articulaciones y tendones y, cómo no, los peligros del acoso cibernético<sup>103</sup>. El legislador ha realizado, pues, una regulación parcial y sesgada del problema.

### 5. Aspectos preventivos de la “carga mental”.

Como anteriormente se apuntó, las nuevas formas de actividad en los modelos de industria 4.0 o en los sistemas cibercientíficos, aun cuando presentan innumerables ventajas para la rentabilidad empresarial y provocan acusados progresos en la reducción de la toxicidad y penosidad de los puestos, no dejan de integrar el entramado adecuado para el surgimiento de dolencias psicosociales<sup>104</sup>. Sin lugar a dudas, los métodos corporativos, anclados en una concepción desconocedora del valor del capital humano, y centrados exclusivamente en el beneficio empresarial, esto es, en una “dirección por resultados económicos” (“*results magnaging*”) <sup>105</sup>, convierten el ambiente de trabajo digitalizado en un espacio hostil y deshumanizado capaz de generar patologías sociolaborales asociadas al estrés, provocando enfermedades mentales y neuronales por mucho que se establezcan cuantiosas compensaciones económicas a favor de quienes las sufren<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: desconexión digital y garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pág. 268.

<sup>101</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

<sup>102</sup> GUERRERO VIZUETE, E.: “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”, *Revista de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2018, pág. 3.

<sup>103</sup> GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019, pág. 105.

<sup>104</sup> El 70 por 100 de las dolencias de naturaleza psíquica o física de carácter psicosomático padecidas por los trabajadores que terminan en incapacidad temporal derivan del estrés. Eurofound, 2017.

<sup>105</sup> ODIORNE, G.S.: *El lado humano de la dirección*, Madrid (Díaz de Santos), 1989, págs. 52 y ss.

<sup>106</sup> DOUGLAS, M.E. y DOUGLAS, D.N.: *El management del tiempo en el trabajo en equipo*, Barcelona (Paidós), 1997, pág. 125.

La tensión que todo trabajo supone, normalmente genera un cansancio que suele (o debería) eliminarse tras un adecuado descanso<sup>107</sup>. Ahora bien, cuando la exigencia profesional es constante la fatiga llega a cronificarse, el sujeto ve alterada su eficiencia funcional y comienzan a manifestarse síntomas que, a la larga, afectan de manera drástica a la salud y estabilidad de los afectados (pérdidas de concentración, memoria, debilidad general, merma de la capacidad de resistencia, falta de sueño, angustia, pánico, dolores musculares y articulares, problemas gastrointestinales y cardiovasculares...) <sup>108</sup>, llevando, incluso, al consumo compulsivo de fármacos. Es más, y en ocasiones, el abuso de estos medicamentos termina en auténticas adicciones a ansiolíticos y antidepresivos y en hábitos tóxicos, tales como el exceso de café, alimentos procesados, alcohol, tabaco, y otro tipo de drogas<sup>109</sup>.

No existe previsión expresa alguna en la LPRL, que alerte sobre las posibilidades de sufrir un agotamiento emocional (*burnout thecnological*), cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción<sup>110</sup>, sufriendo una especie de síndrome de “*karoshi*”, típico de los empleados japoneses<sup>111</sup>. Ahora bien, con el objetivo de observar lo previsto en el art. 14 LPRL cuando establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, así como en el art. 15.1.g) LPRL cuando determina que, al planificar la prevención, el empresario buscará “un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales”, es obligado intervenir antes de producirse el daño<sup>112</sup>, no sólo mediante el otorgamiento de los preceptivos períodos de asueto<sup>113</sup>, sino desde las propias exigencias de la organización del trabajo.

El paso primero, como no podía ser de otra forma, es “la identificación y evaluación de los factores que permiten hacer un diagnóstico de la situación, así como de las alteraciones (...) que se producen tanto sobre los trabajadores como sobre el funcionamiento” de la entidad<sup>114</sup>. El punto de partida viene dado por la recopilación de información suficiente para identificar las condiciones de desempeño y los factores de riesgo<sup>115</sup>, así como sus repercusiones sobre las personas. En tanto la detección precoz resulta esencial, es preciso atender a una serie de indicadores que, de acaecer con frecuencia, duración e intensidad determinada, ponen de manifiesto con claridad la

---

<sup>107</sup> NTP 445: *Carga mental del trabajo: fatiga*, 1997.

<sup>108</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: “Los riesgos psicosociales en relación con las circunstancias de la actividad (especial atención a determinados sectores de importancia en Castilla y León)”, en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, León (Eolas), 2016, págs. 53 y ss.

<sup>109</sup> MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Pearson), 2004, pág. 36.

<sup>110</sup> BRILLHART, P.E.: “Technostress in the workplace. Managing stress in the electronic workplace”, *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge, September, vol. 5, Issue 1/2, págs. 302 y ss.

<sup>111</sup> VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005, pág. 27.

<sup>112</sup> STCo 170/2007, de 10 de mayo.

<sup>113</sup> SALANOVA, M.: “Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 19, núm. 3, 2003, págs. 225 y ss.

<sup>114</sup> NTP 574: *Estrés en el colectivo docente: metodología para su evaluación*, 2000.

<sup>115</sup> Una extensa enumeración en NTP 534: *Carga mental de trabajo: factores*, 1999 y en NTP 659: *Carga mental de trabajo: diseño de tareas*, 2000.

posible existencia de estrés u otra patología análoga<sup>116</sup>. Así, y entre otros, disfunciones de los propios individuos (de carácter físico, emocional o comportamental) y de la propia organización o del desarrollo del trabajo (tales como, a modo de mera muestra, los índices de producción o el mal funcionamiento)<sup>117</sup>; igualmente, sanciones, temas planteados ante el Comité de Seguridad y Salud, solicitudes de traslado, absentismo, vigilancia sanitaria, bajas voluntarias, cambios organizativos o, por no seguir, rotación de trabajadores<sup>118</sup>.

Realizada esa labor de diagnóstico, ha de procederse a la descripción del puesto o puestos amenazados (funciones, responsabilidades, requisitos de cualificación, exigencias ambientales, temporales y de organización...) y de las tareas (qué se hace, cómo, por qué y condiciones precisas para ello --actividades sensoriales, perceptivas y mentales necesarias; capacidades, recursos propios, existencia y disponibilidad de otros externos, condiciones ambientales y de organización--), así como del grupo de personas adscritas (número, edades, período de aprendizaje, formación, experiencia y otras variables conocidas).

El propio Instituto de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, reconociendo el inconveniente apuntado en la implementación de estas variables, ofrece un gráfico esquema sobre las posibles metodologías a combinar<sup>119</sup>:

Un primer método de evaluación toma en consideración, como índices de carga mental, el apremio de tiempo (trabajos repetitivos por la necesidad de seguir una cadencia o no repetitivos por la de cumplir un cierto rendimiento), la complejidad-rapidez (esfuerzo de memorización o número de elecciones a efectuar, relacionado con la velocidad con la que debe ser emitida la respuesta), la atención (nivel de concentración y continuidad en el mismo) y, como especie dentro de ésta, la minuciosidad, tenida en cuenta en trabajos de precisión. En consonancia, plantea tres posibles bloques de criterios para el análisis: el primero incluye el sistema de remuneración, tiempo de entrar en cadencia, trabajo en cadena o no, atrasos a recuperar, pausas y posibilidad de detener la máquina, así como la de ausentarse; el segundo atiende a la duración del ciclo, ya sea en cuanto al número de operaciones, ya al de elecciones conscientes; en fin, el tercero incorpora el nivel y continuidad de la atención, la posibilidad de desviar la vista o hablar y el riesgo de accidentes o de deterioro del producto o material.

En segundo término, plantea otro basado en dos únicos índices; a saber, las operaciones mentales (acciones no automatizadas en las cuales el empleado elige conscientemente la respuesta) y nivel de atención (referida a tareas automatizadas, incluyendo, también, la precisión requerida y las incidencias). Como pautas a considerar establece, en lógica correspondencia con los anteriores, de un lado, la densidad de las operaciones y la presión del tiempo; de otro, la duración del esmero y el detalle del trabajo.

<sup>116</sup> Un análisis exhaustivo de indicadores que apuntan a la existencia de riesgos psicosociales y que justifican un estudio más profundo, en INSTITUT NATIONAL DE RECHERCHE ET DE SECURITÉ: *Dépister les risques psychosociaux. Des indicateurs pour vous guider*, 2007, págs. 12-43.

<sup>117</sup> NTP 349: *Prevención del estrés: intervención sobre el individuo*, 1990 o DGITSS: *Guía de actuación inspectora en factores psicosociales*, 2006. Ofreciendo una serie de indicadores que pueden servir al propio trabajador para valorar el posible padecimiento de estrés, AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO: “Consejos prácticos para los trabajadores sobre cómo abordar el estrés relacionado con el trabajo y sus causas”, *Facts*, núm. 31, 2002.

<sup>118</sup> VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Letra), 2006, págs. 90-91.

<sup>119</sup> NTP 179: *La carga mental del trabajo: definición y evaluación*, 1980.

Sin mayor concreción, añade un tercer método centrado en la rapidez de ejecución y, una vez más, el nivel de atención.

Así las cosas, resulta evidente cómo en la determinación de la carga mental adquieren un peso especialmente importante las exigencias de aplicación necesaria para realizar el cometido asignado y el aspecto temporal de aquéllas<sup>120</sup>. Ahora bien, también es preciso tener en cuenta otros ítems; así, por ejemplo, la frecuencia de los errores y otros referentes a la persona<sup>121</sup>, concretados en alteraciones fisiológicas (actividad cardiaca, ocular, cortical y respiratoria); psicológicas, ya sean psicomotoras (rapidez de reacción o coordinación de movimientos), ya mentales (atención, memoria, concentración); en fin, relativas al comportamiento, justificando la aplicación de la evaluación objetiva de su variación (el cansancio hace al individuo alterar su método operativo de adaptación, y por ello el análisis de tales cambios puede servir para medir aquél) y de la subjetiva de la fatiga (a través de entrevistas o cuestionarios, para conocer la sensación vivida por el propio sujeto<sup>122</sup>) o el recurso al instrumento de la doble tarea (presentando estímulos independientes al quehacer principal, pues cuanta mayor atención exija éste, menor es la respuesta a los elementos secundarios).

Además, es necesario implementar estrategias de información y comunicación (sobre los cambios que tendrán lugar y las consecuencias esperadas, para que los usuarios acepten el sistema evitando reticencias por miedo a no controlar la nueva situación), de formación organizacional (a través de cursos específicos en el uso de nuevas tecnologías --a las cuales expresamente alude el art. 19 LPRL-- reduciendo así la tecnofobia y la tecnoansiedad), de participación (en su implantación y en su selección, aumentando los niveles de vinculación psicológica conscientes de su mayor uso futuro), de redefinición del puesto (para introducir limitaciones temporales<sup>123</sup>, salvaguardar la autonomía e

---

<sup>120</sup> “El estudio de los errores, su frecuencia y consecuencias, así como los aspectos de organización del tiempo de trabajo y distribución de las tareas (alternancia de tareas de diferente nivel de atención) tienen interés por su incidencia en el nivel de exigencias de atención y, por tanto, en la carga de trabajo mental”. Entre otros aspectos, debe considerarse la presión temporal, el esfuerzo de atención (nivel, continuidad), la complejidad o dificultad de la tarea, la precisión y/o minuciosidad, la cantidad y complejidad de la información, los elementos del tratamiento de la información, las interrupciones, la fatiga percibida, etc., NTP 575: *Carga mental de trabajo: indicadores*, 2000.

<sup>121</sup> NTP 179: *La carga mental del trabajo: definición y evaluación*, 1980. En términos análogos, emplean sus propios criterios de clasificación de los indicadores la NTP 575: *Carga mental de trabajo: indicadores*, 2000 y la NTP 544: *Estimación de la carga mental de trabajo: el método NASA TLX*, 2000.

<sup>122</sup> No cabe pasar por alto la trascendencia de las estimaciones subjetivas puestas de manifiesto por los propios trabajadores [NTP 575: *Carga mental de trabajo: indicadores*, 2000, y NTP 544: *Estimación de la carga mental de trabajo: el método NASA TLX*, 2000], no en vano “quien mejor conoce (cómo se desempeña el trabajo) es sin duda quien lo realiza y más si esta misma persona es la que sufre sus consecuencias. Los trabajadores y trabajadoras tenemos una parte del conocimiento, el derivado de la experiencia, que no es sustituible por el conocimiento técnico” [CASTELLÁ, T., *et alii: Organización del trabajo, salud y riesgos psicosociales. Guía para la intervención sindical del delegado y delegada de prevención*, Madrid (ISTAS), 2005, pág. 20]. Además, “la percepción que cada uno tiene acerca de su trabajo es la que determina los sentimientos positivos o negativos hacia el mismo. Es decir, la percepción de la variedad en el trabajo, de autonomía, de aplicación y desarrollo de las propias habilidades y aptitudes, influyen en la satisfacción con el trabajo”, NTP 444: *Mejora del contenido del trabajo: rotación, ampliación y enriquecimiento de tareas*, 1990.

<sup>123</sup> Sirva de ejemplo el art. 15.4 CC para la industria fotográfica (BOE 201, 22-8-2017): “el trabajo en terminales de ordenador, pantallas de grabación y pantallas de vídeo conlleva unas características que pueden derivar en situaciones de estrés, y otras enfermedades laborales. Para lo cual los trabajadores que prestan servicios en cualquiera de estos puestos de trabajo deberán tener la posibilidad de un sistema de organización del trabajo que les permita poder intercalar sus diferentes funciones con el fin de no permanecer demasiado tiempo continuo frente a la pantalla, facilitando así la disminución del riesgo a los trabajadores”.

incorporar técnicas de *feedback*) y de diseño (desde los puntos de vista ergonómico, de “usabilidad” --utilización adecuada aprovechando todo el potencial-- y de “amigabilidad” --sencillez de uso--), a lo cual procede añadir la sustitución de cuantas tecnologías hayan devenido en tecnoestresores, por no adaptarse a alguna de las tres perspectivas citadas.

También consagra sendas estrategias orientadas al sistema social<sup>124</sup>: de un lado, el desarrollo de equipos de trabajo dedicados a los problemas específicos generados por la introducción de nuevas tecnologías y sus innovaciones; de otro, la implantación de un clima y cultura organizacional destinados a crear un sentimiento de apoyo de toda la empresa y, fundamentalmente, de la dirección, en el proceso de implementación

En todo caso, el diseño de programas de incorporación progresiva, unido a la dotación de planes de formación adecuados para el seguimiento de su evolución y a una concepción adecuada de los locales<sup>125</sup>, evitarían, en gran medida, posibles consecuencias no deseadas.

Con mayor detalle:

a) Para ofrecer una correcta formación en nuevas tecnologías sería necesario tener en cuenta las circunstancias siguientes<sup>126</sup>: 1) Promover el interés hacia los ordenadores y otros adelantos técnicos, no en vano el entusiasmo es contagioso y un instructor entusiasta puede ayudar a generar sentimientos positivos y hacer el aprendizaje más agradable. 2) Aportar información que capte el interés y la atención, incluyendo en las explicaciones anécdotas e historias acerca de la informática y de las novedades técnicas capaces de hacer más amena la formación. 3) Mostrar la importancia de lo que se está explicando, lo cual redundará muy positivamente en la motivación de los asistentes. 4) Despertar la curiosidad a través de preguntas estimulantes que consigan interesar a los sujetos. 5) Destacar lo útil que será lo aprendido demostrando su aplicación en el trabajo. 6) Asegurarse de que la dificultad de los contenidos es vista como un desafío. 7) Impartir conocimientos que puedan ser practicados a continuación, garantizando la posibilidad de éxito, lo cual reduce el miedo al error. 8) Ir graduando el riesgo, de tal forma que al principio de las explicaciones se gane confianza para afrontar después situaciones más arriesgadas.

b) Las variables que potencialmente pueden ayudar a favorecer el éxito en la implantación de nuevas tecnologías pasarían por tener en cuenta los siguientes extremos<sup>127</sup>: 1) Organización abierta y dinámica, en la que exista una cultura de confianza y relaciones cercanas e informales, con una mínima burocracia y formalización. 2) Comunicación fluida, tanto oral como escrita, en la que se permita el acceso a la información y se eliminen barreras jerárquicas y figuras de autoridad que controlen y dificulten la transparencia informativa. 3) Consenso *ad intra* y mínima conflictividad en

<sup>124</sup> NTP 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, 2006. Precisamente por ello el art. 47 CC de las administraciones de loterías (BOE 146, 19-6-2019) establece que “en toda modificación del proceso o tareas se procurará que la nueva tecnología o procesos productivos no generen nuevos riesgos”; el art. 71 CC de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 162, 5-7-2010) contempla la importancia de la reevaluación de riesgos cuando se introduzcan nuevas tecnologías, y el Anexo para las industrias de pastas alimenticias (BOE 38, 12-2-2018) prevé que “cuando se implante una nueva línea de producción, se produzca un cambio de tecnología o cuando se establezcan cambios en los métodos de producción, antes de adjudicar las nuevas tareas se procederá al estudio correspondiente que garantice que las nuevas actividades no serán perjudiciales para el/la trabajador/a”.

<sup>125</sup> Art. 39 CC de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable (BOE 57, 6-3-2018).

<sup>126</sup> BOHLIN, R.M.: *Avoiding computer avoidance*, California (Fresno), 1999, págs. 33 y ss.

<sup>127</sup> POWELL, C. y DENT-MICALLEF, A.: “Information technology as competitive advantage: the role of human, business and technology resources”, *Strategic Management Journal*, 18, 5, 1987, págs. 375 y ss.

los objetivos preseguidos, en la toma de decisiones y en las actuaciones a llevar a cabo. 4) Apoyo claro, decidido y visible desde la alta dirección de la empresa a la implantación de las TICs, previendo el futuro con anticipación. 5) Flexibilidad organizacional, garantizando capacidad suficiente para afrontar cambios, saber asumir riesgos y minimizar el miedo a los fracasos. 6) Desarrollo de prácticas de “*benchmarking*”, investigando y observando los aciertos y puntos fuertes de otras empresas competidoras. 7) Adecuada planificación, teniendo perfectamente identificadas las necesidades y prioridades del cambio con el fin de elaborar un adecuado plan de desarrollo e implementación, logrando rediseñar los procesos productivos tradicionales para adaptarlos a las nuevas características para llevar a cabo un completo proceso de renovación de estructuras y métodos de trabajo, evitando incorporar sin más las nuevas tecnologías a los sistemas antiguos.

En todo caso, si no es posible la eliminación del riesgo de fatiga informativa, procede la adopción de otras medidas preventivas, que no sólo pueden limitarse a la formación y sensibilización sobre el uso razonable de las nuevas tecnologías (arts. 15 y 16.2 LPRL), sino que incluye también la tantas veces mencionada desconexión digital, describiendo de forma detallada la manera en la que debería materializarse atendiendo a la responsabilidad del puesto o a los proyectos de trabajo en curso, siempre cumpliendo un específico deber de consulta con los representantes de prevención en la empresa de conformidad con los arts. 33 y 34 LPRL y sin perder de vista que aquellos supuestos justificados de conectividad realizados por el empleado fuera de la jornada laboral predefinida han de ser computados como tiempo de trabajo que deberá ser económicamente compensado<sup>128</sup>.

## 6. La eficacia de un buen diseño de los reconocimientos médicos.

La vigilancia del bienestar psíquico de los trabajadores no debe plantearse como mero reconocimiento médico formal sino como auténtica herramienta preventiva de doble faz: por un lado, para conocer la incidencia del trabajo en las condiciones psíquicas de los trabajadores; y, por otro, para determinar la capacidad de los asalariados a la hora de enfrentarse a los estresores existentes en su actividad. En todo caso, el empresario está obligado a respetar una serie de condicionantes a la hora de implementar la vigilancia de la salud mental en la empresa.

En efecto, es menester recordar que el ordenamiento europeo y español de protección de datos incluyen los datos relacionados con la salud dentro de los considerados “sensibles”, “especialmente protegidos”, “superpersonales”<sup>129</sup> o, en la nueva denominación, “pertenecientes a categorías especiales”; El art. 9.2 LOPDyGDD exige norma con rango de ley –por tanto no es válido, a la luz del ordenamiento interno, el convenio colectivo—para su tratamiento en tres supuestos: 1) razones de interés público esencial; 2) fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria o social; 3) motivos de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los

---

<sup>128</sup> QUILEZ MORENO, J.M.: “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019 (BIB 2019/1558).

<sup>129</sup> TONIATTI, R.: “Libertad informática y derecho a la protección de datos personales: principios de legislación comparada”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991, pág. 157.

medicamentos o productos sanitarios<sup>130</sup>. Todo ello sin olvidar que la disposición adicional 17ª LOPDyGDD se remite a la LPRL, dentro del catálogo de normas con rango de ley justificativas de un posible tratamiento.

A la luz de esta última disposición legal, entre las obligaciones del empresario en materia de seguridad laboral, se encuentra la de garantizar a los trabajadores a su servicio una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo<sup>131</sup>. Este deber se lleva a cabo a través de los reconocimientos médicos que permiten, mediante la realización de las indagaciones, las pruebas médicas y los controles biológicos pertinentes, la evaluación del estado de bienestar del trabajador, el conocimiento de sus posibles patologías y su origen y, también, la aplicación de los oportunos remedios en orden a un eventual restablecimiento de su estado óptimo. Desde la óptica del cumplimiento de la obligación empresarial de proporcionar salud y seguridad en el trabajo, los resultados de los reconocimientos médicos permitirán planificar y, en su caso, reorientar la actividad preventiva en la empresa. Ahora bien, ocurre que el reconocimiento médico implica, en sí mismo, una intromisión en la esfera privativa del trabajador que puede suponer una agresión a su intimidad personal garantizada en el art. 18.1 CE, de la que “forma parte la intimidad corporal, de principio inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponerse frente a la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento”<sup>132</sup>.

El derecho a la intimidad personal del art. 18 CE alcanza, entre otros componentes, la autonomía de la persona del trabajador para someterse o no a los reconocimientos médicos propuestos por la empresa, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre elementos corporales, o impidiendo pruebas clínicas ajenas a la finalidad de la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. El principio se conecta directamente con la obligación de información previa, de forma que el trabajador debe ser expresamente alertado sobre los exámenes médicos especialmente invasores de su intimidad al tiempo de otorgar su consentimiento<sup>133</sup>.

Igualmente, la práctica del reconocimiento médico propicia la obtención de una completa información, que excede del estricto ámbito de los riesgos profesionales, sobre el bienestar físico o psíquico del trabajador, por lo que su obtención y su eventual utilización debe efectuarse con las necesarias cautelas que impidan la innecesaria divulgación o el uso indebido de tales datos que podrían provocar repercusiones negativas para la situación personal y profesional del afectado<sup>134</sup>.

Como regla general, esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, tal y como determina el art. 22 LPRL, que respeta las pautas de la Recomendación CM/Rec 2015(5) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los

<sup>130</sup> PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, cit., pág. 32.

<sup>131</sup> GARCÍA SALAS, A.I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid (Lex Nova), 2016, pág. 87.

<sup>132</sup> STCo 37/1988, de 15 de febrero.

<sup>133</sup> GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *Ponencia temática presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Pamplona el 29-30 de mayo de 2014*, pág. 42.

<sup>134</sup> BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Coor.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 257.

Estados miembros sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del empleo<sup>135</sup>. Por tanto, el asalariado es libre para decidir si quiere o no someterse a los exámenes, debiendo aportar su aquiescencia con carácter previo y ser exteriorizada de alguna forma concluyente su voluntad de someterse a cada concreto tipo de pruebas, exploraciones y analíticas. Aunque no es imprescindible, porque la LPRL no lo exige, es recomendable que el *placet* se materialice por escrito, admitiendo su revocación en cualquier momento antes del examen<sup>136</sup>. Lógicamente, para que el trabajador pueda emitir su consentimiento libremente, ha de ser informado del contenido y alcance de todos los exámenes que se le van a realizar, de los extremos que con ellos se pretenden obtener y de la utilización que se va a proporcionar, es decir, de todas las circunstancias que le permitan ser consciente, no sólo del alcance de su decisión, sino también de los riesgos y peligros que puede correr de no someterse a la exploración indicada<sup>137</sup>.

No obstante, el derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede en los siguientes supuestos en los que el reconocimiento deviene obligatorio:

1.- Cuando su realización sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, debiendo constituir, ante la negativa del sujeto, el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador<sup>138</sup>.

2.- En aras a verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Cabe citar, como ejemplos, que los órganos judiciales han considerado obligatorios los reconocimientos de vigilantes de seguridad<sup>139</sup> y escoltas<sup>140</sup>, controladores aéreos<sup>141</sup>, brigadistas rurales de emergencia<sup>142</sup>, conductores de maquinaria de barrido<sup>143</sup> o empleados de mantenimiento del parque móvil del Estado<sup>144</sup>.

3.- Tampoco se aplicará el principio de voluntariedad cuando el reconocimiento esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. El término disposición legal ha sido interpretado

---

<sup>135</sup> Que considera que a un empleado o un solicitante de empleo se le puede preguntar acerca de su estado de salud y/o ser examinado médicamente al objeto de: a) comprobar su idoneidad para un empleo presente o futuro; b) cumplir con los requisitos de la medicina preventiva; c) garantizar una rehabilitación adecuada; d) salvaguardar los intereses vitales del sujeto de datos u otros empleados e individuos; e) permitir que se otorguen beneficios sociales; y f) responder a los procedimientos judiciales. Asimismo, entiende que los datos de salud deben estar cubiertos por la obligación de confidencialidad médica y, en consecuencia, solo deben ser accesibles y tratados por personal obligado por reglas de secreto profesional o confidencialidad, debiendo los datos recabados: a) relacionarse directamente con la capacidad del empleado en cuestión para ejercer sus funciones; b) ser necesarios en apoyo de medidas para proteger la salud del empleado; y c) ser precisos para prevenir riesgos a otros. GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Albacete (Bomarzo), 2018, pág. 41.

<sup>136</sup> PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 98.

<sup>137</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>138</sup> BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, cit., pág. 261.

<sup>139</sup> STS 7 marzo 2018 (rec. 42/2017).

<sup>140</sup> STS 24 abril 2008 (rec. 42/2017).

<sup>141</sup> ATCo 272/1998, de 3 de diciembre.

<sup>142</sup> STS 10 junio 2015 (rec. 178/2014).

<sup>143</sup> STSJ Cataluña 31 marzo 2016 (JUR 2016/155064).

<sup>144</sup> STS 21 enero 2019 (rec. 4009/2016).

por algunos autores en sentido estricto constreñido a normas con rango formal de ley<sup>145</sup>, mientras otros, la mayoría, se inclinan por una tesis amplia, comprendiendo también las normas reglamentarias, considerando, al tiempo, que los convenios colectivos únicamente pueden asumir una función complementaria respecto de la ley sin que puedan añadir excepciones al principio general de voluntariedad de la vigilancia médica más allá de las previstas en las normas legales o reglamentarias<sup>146</sup>. De la misma manera, las disposiciones internas de la empresa tampoco podrán establecer supuestos de obligatoriedad ajenos a los especificados en la ley<sup>147</sup>.

Además, el art. 243 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), atribuye también al empresario la obligación de practicar a su cargo un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional, quedando prohibida la contratación de aquellos que no obtengan la declaración de aptitud.

Por lo que aquí interesa, aun siendo respetados todos los anteriores condicionantes, sin duda, los resultados médicos obtenidos son datos íntimos (verdadera esencia de la calificación legal como "sensibles"), lo cual lleva aparejadas varias consecuencias de interés para la recogida y tratamiento automatizado de esta información, marcadas por la propia LPRL en sintonía con la LOPDyGDD, sobre las que merece detener un poco más la atención:

a) El trabajador tiene derecho a conocer personalmente el resultado de cuantas pruebas le hayan sido realizadas sobre su estado de salud; verdadero derecho de acceso a traducir en un conocimiento inmediato (mediante comunicación escrita) de la información al respecto existente.

b) El Tribunal Constitucional ha incorporado al ámbito de protección del derecho a la intimidad del trabajador el derecho a impedir la divulgación o cesión no consentida de los resultados médicos<sup>148</sup>.

c) Aun cuando esta información aparece calificada expresamente como confidencial, ello no significa, sin embargo, que el trabajador sea el único con derecho o posibilidad de acceder a tales datos, pues la confidencialidad queda garantizada por Ley a través de una excepción general y otra excepción a la excepción (técnica jurídica ésta absolutamente reprochable, en tanto demuestra una falta de claridad expositiva que es fuente continua de confusión para el intérprete<sup>149</sup>). Así, y en primer lugar, queda abierto el acceso a la información médica de

<sup>145</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, pág. 152

<sup>146</sup> La STS 27 octubre 2010 (RJ 2010, 846) considera que vulneran los principios del derecho a la protección de datos las referencias realizadas en el Convenio Colectivo General de la Construcción relativas a que en la Tarjeta Profesional de la Construcción (gestionada por un órgano que no tiene configuración técnico-sanitaria como es la Fundación Laboral de la Construcción) ha de figurar que el titular ha sido sometido a los reconocimientos médicos, pues ello dificulta contrataciones futuras en un sector marcado por la alta rotación en la mano de obra al permitir distinguir entre quienes aportan información sobre los reconocimientos y los que no lo hacen. BLASCO PELLICER, A.: "El deber de vigilancia de la salud o el derecho a la intimidad del trabajador", cit., pág. 267.

<sup>147</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "Derecho a la intimidad del trabajador y reconocimientos médicos", *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014, pág. 7.

<sup>148</sup> SSTCo 70/2009, de 23 de marzo y 159/2009, de 29 de junio

<sup>149</sup> CARDONA RUBERT, M.B. y MORRO LOPEZ, J.: "Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996 (ejemplar multicopiado), pág. 3.

carácter personal a los facultativos que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, quienes, sin embargo, no podrán facilitarla al empresario o a otras personas (léase representantes sindicales, unitarios, delegados de prevención o miembros del comité de seguridad y salud) sin el consentimiento expreso del afectado (excluyendo así el implícito o tácito, pues, dados los intereses en juego, no cabría presumir nunca su otorgamiento)<sup>150</sup>.

d) No sólo existe, como ya consta, una excepción general, sino una excepción a la excepción, a partir de la cual queda ampliado el círculo de quienes pueden conocer una información médica, cada vez menos confidencial --menos íntima--, habida cuenta también el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención (delegados de prevención, representantes unitarios o sindicales o comité de seguridad y salud) "serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva", debiendo, no obstante, respetar expresamente la prohibición absoluta de uso perjudicial de los datos obtenidos en el reconocimiento a la que se refiere el art. 22.2 LPRL<sup>151</sup>, lo que no impide, empero, que no se consideren dentro de esa categoría aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas como consecuencia de informaciones que revelen "la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o que el estado de su salud suponga riesgos para otros trabajadores o terceros" (art. 22.1 LPRL)<sup>152</sup>.

e) Todas las conclusiones que se extraigan del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la salud deben ser almacenadas en "ficheros" de la empresa, quedando condicionado su mantenimiento en ellos a su utilidad --según Ley-- y, consecuentemente, a su periódica actualización. Es más, el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente la documentación por la que acredite que efectivamente cumple con el deber de control de la salud de los trabajadores y las informaciones conclusivas que se deriven de los reconocimientos médicos practicados. Otra cosa es, desde luego, el uso y configuración efectiva del fichero, marcados por la necesidad de que la información compilada y tratada sea la mínima posible, perspectiva desde la cual cabría cuestionarse la legalidad de una utilización empresarial de esos datos con el fin de adoptar medidas sancionadoras, máxime cuando el art. 22 LPRL atribuye a la obligación empresarial de

---

<sup>150</sup> La Recomendación 171 de la OIT, sobre los servicios de salud en el trabajo, constituye un buen elemento interpretativo, habida cuenta de que en su art. 16 destaca cómo "al término de un examen médico prescrito para determinar la aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo que entraña exposición a un riesgo determinado, el médico que lo haya realizado debería comunicar sus conclusiones por escrito al trabajador y al empleador. Por otra parte, esta comunicación no debería contener indicación alguna de índole médica; según los casos, podría indicar que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos de trabajo y las condiciones que le estén contraindicados, temporal o permanentemente desde el punto de vista médico". FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona (Aranzadi), 2019, págs. 151-152.

<sup>151</sup> STSJ Galicia 16 julio 2007 (rec. 2882/2007). Dicha prohibición alcanza no sólo al uso desviado de las conclusiones que los servicios médicos proporcionan al empresario y a las personas con responsabilidades en materia de prevención, sino a todos los extremos que obren en el expediente médico y que se hayan podido obtener, bien previo consentimiento del trabajador, bien por medios no legítimos. POQUET CATALA, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona (Aranzadi), 2013, pág. 135.

<sup>152</sup> CARDONA RUBERT, M.B.: "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 53.

vigilancia de la salud un objetivo muy tasado, cual es únicamente el de tener a disposición de la autoridad laboral dicha información<sup>153</sup>.

El respeto de todas estas coordenadas normativas ayudará a descubrir patologías mentales incipientes y a evitar su negativa proyección.

## 7. Conclusión.

La protección del bienestar emocional de los trabajadores exige un planteamiento integrador y multidisciplinar capaz de afrontar los variopintos factores susceptibles de desencadenar dolencias de tal índole, buscando la integración de las políticas existentes en todas y cada una de las áreas de la organización, estableciendo los mecanismos para prevenir las consecuencias tanto desde el replanteamiento de las exigencias en el trabajo a la luz de una rigurosa evaluación de los puestos y las circunstancias objetivas y subjetivas obrantes, pasando por facilitar vías pertinentes de adaptación bien definidas, sin dejar de incrementar los recursos relacionados con el apoyo técnico, la formación especializada y la atención médica cualificada. En fin, en todo este iter “la participación de los trabajadores se vuelve imprescindible, pues son quienes mejor conocen cómo se realiza el trabajo y sus consecuencias... Sin participación, el mejor método es incompleto y las propuestas médicas preventivas suelen ser inadecuadas (dado que no asumen el conocimiento derivado de la experiencia de los protagonistas de las condiciones de trabajo nocivas) o inaplicables (son los trabajadores y trabajadoras los que han de protagonizar unos cambios organizativos que no aceptarán ni aplicarán si no han sido negociados entre los agentes sociales)”<sup>154</sup>.

## Bibliografía.

- A.A.VV.: *Experiencias sindicales de intervención en riesgos psicosociales*, Madrid (ISTAS-CC.OO), 2007.
- AA.VV (SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L., Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2016.
- AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en AA.VV (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.

---

<sup>153</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999, págs. 301 y ss.

<sup>154</sup> AA.VV.: *Experiencias sindicales de intervención en riesgos psicosociales*, Madrid (ISTAS-CC.OO), 2007, pág. 285.

- ALFARO DE PRADO SAGRERA, A.: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo vs el trabajo del futuro*, Madrid (Colex), 2017.
- BARRIOS BAUDOR, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719).
- BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Turín (Giappichelli), 1985.
- BLANCO MUÑOS, M.: “Incertidumbres, amenazas y oportunidades de la industria 4.0”, *Trabajo Sindical*, núm. 125, 2017.
- BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999.
- BOHLIN, R.M.: *Avoiding computer avoidance*, California (Fresno), 1999.
- BONA, M. y OLIVA, U.: “El fenómeno del *mobbing*”, en MONATERI, P.; BONA, M. y OLIVA, U.: *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milán (Giuffrè), 2000.
- BORRITZ, M. *et alii*: “Burnout as predictor of self-reported sickness absence among human service workers: prospective finding from three year follow up of the PUMA study”, *Occupational and Environmental Medicine*, núm. 63, 2006.
- BRILLHART, P.E.: “Technostress in the workplace. Managing stress in the electronic workplace”, *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge, September, vol. 5, Issue 1/2.
- CARDONA RUBERT, M.B.: "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999.
- CARDONA RUBERT, M.B. y MORRO LOPEZ, J.: "Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996 (ejemplar multicopiado).
- CASTELLÁ, T., *et alii*: *Organización del trabajo, salud y riesgos psicosociales. Guía para la intervención sindical del delegado y delegada de prevención*, Madrid (ISTAS), 2005.
- CASTELLS ARTECHE, J.M.: “La limitación informática”, en AA.VV (MARTÍN RETORTILLO, S., Coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid (Civitas), 1991.

- CORREA CARRASCO, M.: “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- DANS SOTOMAYOR, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en AA.VV (RAMOS QUINTANA, M.I., Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Pamplona (Aranzadi), 2017.
- DE LA CASA QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario, 2019.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid (CEF), 2016.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. y LANZADERA ARENCIBIA, E.: “El trabajo en plataformas digitales, puro... y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario, 2019.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: *Ciberacoso en el trabajo*, Barcelona (Atelier), 2018.
- DEL VALLE, J.M. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Innovación tecnológica y contrato de trabajo (I). Prevención de nuevos riesgos laborales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2008.
- DÍAZ FRANCO, J.J.: “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en AA.VV (COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012.
- DOUGLAS, M.E. y DOUGLAS, D.N.: *El management del tiempo en el trabajo en equipo*, Barcelona (Paidós), 1997.
- EREÑAGA DE JESÚS, N.: “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, Volumen 7, núm. 2, 2019.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona (Aranzadi), 2019.
- FRENCH, J.R.P. y CAPLAN, R.D.: “Organizational stress and individual strain”, en AA.VV. (MARROW, A.J., Ed.): *The failure of success*, Nueva York (Amacon), 1973.

- GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario, 2019.
- GARCÍA ROMERO, B.: *El teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2012.
- GARCÍA SALAS, A.I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid (Lex Nova), 2016.
- GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996.
- GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid (Civitas), 1998.
- GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *Ponencia temática presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Pamplona el 29-30 de mayo de 2014*.
- GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Albacete (Bomarzo), 2018.
- GUERRERO VIZUETE, E.: “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”, *Revista de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2018.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019.
- JOVER RAMÍREZ, C.: “El fenómeno de la gig economy y su incidencia en el Derecho del Trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2019, 2018.
- LÓPEZ PELÁEZ, A.: “Mejoras en la seguridad y en la salud a través de la aplicación de estrategias de la automatización avanzada”, *Prevención, Trabajo y Salud*, núm. 24, 2003.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2016.

- MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Pearson Educación), 2004.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, *Información Laboral*, núm. 11, 2018 (BIB 2018/3994).
- MIRÓ MORROS, D.: “El control de la jornada y el teletrabajo”, *Aranzadi Instituciones* (BIB 2016/3956).
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital y garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La ‘des-psicologización’ del concepto constitucional del acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario la Ley*, núm. 9452, 9 julio 2019. MONTOYA MELGAR, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”, *La Ley Unión Europea*, núm. 72, 31 julio 2019.
- MUNUERA MORENO, G.: *Estrés laboral. Mobbing y organización del trabajo*, Madrid (CC.OO. Federación de Servicios y Administraciones Públicas), 2002.
- MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: hacia un cambio de modelo en la expectativa de la empresa hiperconectada”, en AA.VV. (DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019.

- ODIORNE, G.S.: *El lado humano de la dirección*, Madrid (Díaz de Santos), 1989.
- ORELLANA CANO, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 2019.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Transformación económica y norma laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 39, 2018.
- PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid (La Ley), 1999.
- PEIRÓ, J.M.: *Desencadenantes del estrés laboral*, Madrid (Eudema), 1992.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990.
- POQUET CATALÁ, R.: “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 351, 2012.
- POQUET CATALA, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona (Aranzadi), 2013.
- POWELL, C. y DENT-MICALLEF, A.: “Information technology as competitive advantage: the role of human, business and technology resources”, *Strategic Management Journal*, 18, 5, 1987.
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona (Aranzadi), 2019.
- PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMENECH, C.H.: “Trabajo a distancia vs. Teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013.
- QUÍLEZ MORENO, J.M.: “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018.
- QUILEZ MORENO, J.M.: “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019 (BIB 2019/1558).
- RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 5, núm. 1, 2017.
- RAY, J.: “Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination”, *Droit Social*, núm. 6, 1992.

- RIEDMANN, A. *et alii*: *Working time and work-life balance in European compaies. Establishment survey on working time 2004-2005*, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas), 2006.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo”, *Fundación para el diálogo social 2017*.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La prestación de servicios a través de plataformas digitales: cambios en la organización del trabajo y en las relaciones laborales”, en AA.VV (MIRANDA BOTO, J.M., Dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid (Cinca).
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Derecho a la intimidad del trabajador y reconocimientos médicos”, *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014.
- SALANOVA, M.: “Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 19, núm. 3.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y KAHALE CARRILLO, D.T.: *Teletrabajo*, Madrid (Francis Lefebvre), 2013.
- SERRANO ARGÜESO, M.: “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT, volumen 7, num. 2, 2019.
- TALENS VISCONTI, E.E.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, núm. 4, 2018 (BIB 2018/8599).
- TASCÓN LÓPEZ, R.: “Los riesgos psicosociales en relación con las circunstancias de la actividad (especial atención a determinados sectores de importancia en Castilla y León)”, en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, León (Eolas), 2016.
- TODOLÍ SIGNES, A.: “La gobernanza colectiva dela protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018.
- TODOLÍ SIGNES, I.: “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”, en AA.VV.: *El futuro del Trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), 2019.

- TONIATTI, R.: "Libertad informática y derecho a la protección de datos personales: principios de legislación comparada", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991.
- VALDÉS DAL-RE, F.: "Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa", *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.
- VALDÉS DAL-RE, F.: "Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores", *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 2019.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 217.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005.
- VIDAL, P.: "La desconexión digital laboral es ya una realidad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 946, 2018 (BIB 2018/14232).

## LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA EN ESPAÑA. EVALUACIÓN Y PERSPECTIVAS

The evolution of the autonomic financing model in Spain. Evaluation and perspectives

Juan José Hinojosa Torralvo  
Catedrático de Derecho Financiero  
Universidad de Málaga

---

### RESUMEN

La organización territorial del Estado español surgida de la Constitución de 1978 dotó a las Comunidades Autónomas de un marco abierto de competencias (arts. 148 y 150.2) para cuyo ejercicio gozan de autonomía financiera garantizada con un sistema de recursos propios o transferidos (arts. 156 y 157). Estos recursos, su estructura y su regulación, configuran el sistema constitucional de financiación autonómica que comenzó su andadura a principios de los años ochenta con la aprobación de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, los Estatutos de autonomía y las leyes de cesión de tributos a cada comunidad.

Este sistema de financiación, necesariamente abierto también, ha contemplado ya varios modelos que se han ido sucediendo a medida que el desarrollo de las competencias y el incremento de las necesidades financieras autonómicas ha ido creciendo, como pone de manifiesto la historia de estos últimos cuarenta años.

La situación actual, sin embargo, se basa en un modelo que tiene más de un decenio (2009) sin haber sido actualizado, lo que unido a la crisis económica de los últimos años, a la estabilidad presupuestaria exigida desde Europa y a la inestabilidad política, ha provocado una situación muy delicada para las finanzas autonómicas que han sido sostenidas con recursos estatales prestados a través de diversos fondos de financiación y el acceso muy limitado a la emisión de deuda pública. Aunque la reforma del modelo es una pretensión unánime de todas las Comunidades, la situación en Cataluña y sus exigencias de tener un régimen diferenciado similar al vasco y navarro ofrece hoy por hoy un panorama nada claro.

### PALABRAS CLAVE

Comunidad Autónoma, financiación, tributos propios, recursos financieros, crisis económica.

## ABSTRACT

The territorial organization of the Spanish State arising from the 1978 Constitution provided the Autonomous Communities with an open framework of competencies (art. 148 and 150.2) for whose exercise they enjoy guaranteed financial autonomy with a system of their own or transferred resources (arts. 156 and 157). These resources, their structure and their regulation, form the constitutional system of autonomous financing that began its journey in the early eighties with the approval of the Organic Law of Financing of the Autonomous Communities, the Statutes of autonomy and the laws of cession of tributes to each community.

This financing system, necessarily also open, has already contemplated several models that have been happening as the development of skills and the increase of regional financial needs has been growing, as evidenced by the history of these last forty years.

However the current situation is based on a model that has more than a decade (2009) without having been updated, which together with the economic crisis of recent years, the budgetary stability required from Europe and political instability, It has caused a very delicate situation for the regional finances that have been sustained with state resources provided through various financing funds and very limited access to the issuance of public debt. Although the reform of the model is a unanimous claim of all the Communities, the situation in Catalonia and its demands to have a differentiated regime similar to the Basque Country and Navarre offers today a not clear landscape.

## KEYWORDS

Autonomous community, financing, own taxes, financial resources, economic crisis.

**Sumario:** 1. El modelo de financiación autonómica establecido en la Constitución Española de 1978. Los estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña y la LOFCA. Los demás Estatutos de autonomía. 1.1. La financiación autonómica en la Constitución Española como modelo abierto. 1.2. La dualidad de regímenes de financiación: régimen común y régimen foral. 2. Los primeros años de andadura y la puesta en evidencia de la necesidad de ajustar el modelo (1983-1993). El papel del Consejo de Política Fiscal y Financiera. 3. El progresivo incremento de ingresos y la necesidad de consolidar el sistema (1993-2009). 3.1. La “corresponsabilidad fiscal” de 1993. 3.2. La pretendida estabilidad del sistema: la reforma de 2001. 4. Las reformas estatutarias de primera década del siglo XXI y su incidencia en la financiación autonómica: el modelo de 2009. 4.1. El proceso reformador estatutario. 4.2. La reforma de 2009 del modelo de financiación. 4.3. Las deficiencias de los fondos de nivelación o equilibrio entre las CCAA. 5. La irrupción de la crisis y sus efectos sobre el sistema de financiación. 5.1. La necesaria responsabilidad compartida de las CCAA para afrontar la crisis. 5.2. Los problemas en el reparto del déficit. 5.3. La reorganización de los fondos en el llamado Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas (FFCA). 6. La pretensión de ruptura del modelo por parte de Cataluña y la reacción del resto de Comunidades. 6.1. La apelación al “expolio fiscal” catalán. 6.2. La aspiración de Cataluña a un régimen fiscal diferenciado. 6.3. La reacción del resto de CC.AA. 7. La agudización del problema financiero y la crisis política. 7.1 Situación hasta 2018. 7.2. La aparición de los expertos: la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica de 2017 y las aportaciones autonómicas. 7.3. Las maniobras políticas y las pugnas entre comunidades. 8. La situación actual. Perspectivas. 8.1. Los nuevos problemas. 8.2. Las nuevas maniobras gubernamentales. 8.3. La misma incertidumbre. 9. Conclusiones. 10. Nota breve sobre las fuentes informativas y de datos.

## **1. El modelo de financiación autonómica establecido en la Constitución Española de 1978. Los estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña y la LOFCA. Los demás Estatutos de autonomía.**

### **1.1. La financiación autonómica en la Constitución Española como modelo abierto.**

La financiación de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) es un tema abierto en la Constitución Española de 1978 (CE), que desde entonces ha pretendido cerrarse sin éxito en sucesivas ocasiones. Saber lo que ha ocurrido y cómo ha ocurrido es un paso necesario para poder entender lo que está sucediendo ahora. El artículo 156 CE establece que:

*1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.*

*2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.*

Para conseguir ese objetivo, las CC. AA. disponen de sus propios recursos. Aunque como veremos su naturaleza y entidad han ido cambiando con el paso de los años, todos los posibles recursos autonómicos estaban ya previstos por el art. 157.1 CE, a saber:

*Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:*

*a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.*

- b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*
- c) Transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.*
- d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.*
- e) El producto de las operaciones de crédito.*

Como por su propia naturaleza una Constitución no es una norma de desarrollo, la propia CE previó que una ley orgánica regulase tanto el ejercicio de las competencias financieras como las normas para resolver conflictos entre CC.AA. y las formas de colaboración entre estas y el Estado (art. 157.3). Es la que se conoce como *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA), ley 8/1980, de 22 de septiembre. Dada la disparidad de situaciones de partida de cada Comunidad Autónoma (CA), se previó que la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) de cada año pudiera establecer una asignación a las CC.AA. en función del volumen de servicios y actividades estatales que hubieran asumido, asignación que debía servir también para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio (art. 158.1 CE). Como cierre del sistema, para corregir los desequilibrios interterritoriales, se creó un mecanismo de solidaridad consistente en un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, fondo cuyos recursos habrían de ser distribuidos por las Cortes Generales entre las CC.AA. y las provincias (art. 158.2 CE).

Sin embargo, las fuentes normativas del sistema de financiación de las CC.AA. no eran solamente la CE y la LOFCA. Y no sólo porque, como se verá, cada CA habría de tener su propia ley de cesión de tributos (tributos estatales cedidos por el Estado a las CC.AA.), sino porque cada CA habría de tener además su propio Estatuto de Autonomía (EA), que ha terminado siendo, para cada una, su norma básica de referencia. A lo largo de todos estos años, partiendo de 1979 (EA País Vasco y EA Cataluña), pasando por 1980 (LOFCA), siguiendo por las distintas Leyes de Cesión de tributos a las CC. AA., y continuando de las reformas de 1996, de 2001 y 2009, se aprecia un avance en términos cuantitativos (han aumentado los tipos y el volumen de ingreso) y cualitativos (las CC.AA. han ido asumiendo más competencias normativas especialmente en relación con los tributos cedidos, que es una de sus principales fuentes de ingresos).

El modelo actual es de 2009, tan solo un año después de declarada oficiosamente la crisis financiera conocida como la Gran Recesión, antes pues, de que comenzara el largo período de recortes y ajustes en el sector público, que explican en gran parte lo que ha sucedido después hasta nuestros días: insuficiencia del modelo, revisiones episódicas y singulares, disputas continuas entre las CC.AA. y el Estado y entre las propias Comunidades, introducción de nuevos mecanismos (Fondo de Liquidez Autonómica – FLA-, Fondo de Financiación de Pago a Proveedores-, creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal –Airef-), todo ello adobado con las reformas estatutarias de finales de la primera década del siglo, el problema secesionista catalán y desde 2015 una inestabilidad política como no se había conocido en todo el período postconstitucional.

## **1.2. La dualidad de regímenes de financiación: régimen común y régimen foral.**

Los primeros estatutos de autonomía de 1979, correspondientes al País Vasco y Cataluña, sentaron las bases de un sistema necesariamente polémico y controvertido.

En primer lugar, porque se consolidó el modelo dual de financiación autonómica, que distinguió la correspondiente a las llamadas comunidades forales de las comunidades de régimen común. Aunque Navarra y Álava habían tenido durante la época franquista un

régimen foral específico -más limitado, pero privilegiado al fin y al cabo-, el EA del País Vasco de 1979 extendió el nuevo régimen de financiación a toda la comunidad, es decir, a los tres territorios forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. El estatuto de Navarra vio la luz poco después, pero el régimen es sustancialmente idéntico al vasco.

Apoyado en leyes especiales y en pactos bilaterales (Concierto económico vasco y Convenio económico navarro), este régimen foral especial se basa en tres pilares fundamentales: a) las haciendas forales son autónomas e independientes de las del Estado; b) recaudan sus propios impuestos, en la práctica actualmente casi la totalidad de los tributos estatales; c) contribuyen a las cargas comunes del estado (seguridad, política exterior y otras) con un cupo –País Vasco- o participación –Navarra-, que se calcula conforme a unas reglas previamente pactadas.

Al margen de otras consideraciones, estos regímenes, amparados en la disposición adicional primera de la Constitución de 1978, siempre han sido considerados beneficiosos para las comunidades forales; beneficiosos y privilegiados, desde luego, pero lo cierto es que estos privilegios, ni de hecho ni de Derecho, han sido cuestionados de modo abierto. Por el contrario, el único movimiento legal de cierta notoriedad habido hasta la fecha ha sido la exclusión de las normas fiscales emanadas por las diputaciones forales vascas del control de legalidad de los tribunales ordinarios para pasar a ser susceptibles sólo de control constitucional, como las leyes y normas con rango de ley estatales o autonómicas, ello a pesar de tener naturaleza reglamentaria (*Ley orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*). Se ha querido así resolver un problema cuya solución reclamaban las autoridades forales desde antiguo, pues mientras las leyes autonómicas vascas sólo podían ser sometidas a revisión constitucional, las normas –con denominación de ley o no- emanadas por las diputaciones forales se sometían a los tribunales ordinarios, puesto que no tenían –ni tienen en el sistema de fuentes- rango legal (hay un sector minoritario que, sin embargo, defiende una postura distinta).

Esta aparente contradicción se debe al hecho de que el modelo hacendístico vasco contiene otra singularidad no siempre bien detectada ni rectamente entendida. En efecto, en el País Vasco conviven dos niveles de hacienda autonómica: por un lado, la de cada una de las tres diputaciones forales, independientes entre sí, pero que conjuntamente consideradas conforman el denominado régimen foral vasco de concierto económico, con sus contenidos y competencias; y por otro lado, existe una hacienda autonómica vasca, como la de las otras comunidades autónomas, que se proyecta sobre todos los ingresos y gastos que quedan al margen del régimen foral. Aunque la dimensión de esta hacienda vasca “común” es mínima en comparación con la foral, es una realidad jurídica y financiera que se proyecta sobre una actividad financiera menor pero existente. Lógicamente, nada en esta hacienda es ahora objeto de discusión, de envidias ni de deseos de emulación; por el contrario, es el régimen foral el que se pretendió en otras comunidades, en Cataluña en particular, y por eso puede decirse que el modelo foral está presente en el debate sobre la financiación autonómica actualmente en ebullición en las CCAA no forales.

Y en segundo lugar, para el esto de CCAA se instauró lo que se dio en llamar el “régimen común” para distinguirlo de los regímenes forales. La CE había previsto las líneas generales aplicables a su financiación (artículos 156, 157 y 158), pero habría de ser la *Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA), la que diseñara el modelo definitivamente, modelo que habría de completarse después con la ley general de cesión de tributos a las Comunidades

Autónomas y con las leyes de cesión de tributos a cada comunidad, emanadas entre 1981 y 1983, sustituidas por otras en 2009.

Sin embargo, tampoco este régimen común se desarrolló de modo homogéneo o, por lo menos, igualitario. Así, la propia LOFCA es posterior al EA de Cataluña, lo que sugiere que fue el modelo negociado con los catalanes el que se trasladó luego a todas las CCAA. También se ha dicho que la tramitación de ambas leyes fue contemporánea, pero no está en duda que la LOFCA es posterior en más de un año al estatuto catalán.

## **2. Los primeros años de andadura y la puesta en evidencia de la necesidad de ajustar el modelo (1983-1993). El papel del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF).**

El sistema de financiación autonómica de régimen común ha sido reformado sucesivamente desde entonces. Sin profundizar en los cambios, sí es conveniente al menos ofrecer algunos datos que pueden ayudar a entender por qué las cosas son como son y por qué ahora están en cuestión.

Dado que, como se ha expuesto, cada una de las sucesivas reformas han supuesto un aumento de los ingresos de las CC.AA. y un aumento de sus competencias, todas ellas fueron siendo siempre bien recibidas en términos generales, aunque es cierto que algunas llegaron a levantar ampollas entre el Gobierno central y algún que otro autonómico (por ejemplo, la de 2001 entre el gobierno central popular y las comunidades gobernadas por los socialistas).

Ello ha sido así en gran medida porque las reformas del sistema de financiación autonómica común se han negociado (o al menos se han discutido previamente) en el Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF), órgano de coordinación de las políticas presupuestarias en general –y singularmente las fiscales- entre las CCAA y el Estado, creado por el art. 3 de la LOFCA. Este CPFF pasó a constituirse realmente a ser un auténtico “legislador blando” (*softlaw*), porque sus acuerdos, cuando se toman de conformidad con el partido gobernante, terminan adquiriendo plena eficacia e incluso, en la mayoría de las ocasiones, se transforman en auténticas normas jurídicas. Ya en su acuerdo 1/86 se aprobó el método de para la aplicación del sistema de financiación de las CCAA para el período 1987-1991, en el 1/92, el correspondiente al período 1992-1996 y así sucesivamente ocurrió con el acuerdo 1/97 (quinquenio 1998-2001), hasta que el acuerdo 2/2001 pretendió erigirse en modelo definitivo y pasó a ser el título I de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regularon las medidas fiscales y administrativas del entonces nuevo sistema de financiación de las Comunidades de régimen común y Ciudades con Estatuto de autonomía (Ceuta y Melilla). En el año 2007 debió haberse aprobado un nuevo modelo, pero la coyuntura política no permitió el acuerdo que, no obstante, llegó en 2009, a modo de nueva reforma del sistema.

## **3. El progresivo incremento de ingresos y la necesidad de consolidar el sistema (1993-2009).**

### **3.1. La “corresponsabilidad fiscal” de 1993.**

Otros acuerdos del CPFF han significado hitos importantes para el modelo de financiación autonómica. En 1993, en desarrollo del modelo vigente, nació la que se dio en llamar *corresponsabilidad fiscal*, el primer intento de ligar la financiación al llamado “esfuerzo fiscal” de cada CA, que consistió básicamente en una participación del 15% de la cuota líquida del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondiente

a los residentes en ella. El modelo recibió críticas no sólo por su mera introducción, sino también, contrariamente, por su carácter tan limitado desde el punto de vista cuantitativo.

Con todo, la idea de la corresponsabilidad escondía una cuestión de fondo de enorme calado: la de la asunción de responsabilidad en el ingreso por parte de las CC.AA., en contraste con su hasta entonces exclusiva responsabilidad en el gasto. Dicho de otra manera, el modelo abre la vía para que cada CA asuma –también en términos políticos– la responsabilidad de los ingresos que obtiene. Este es un elemento importantísimo, porque no se olvide que, hasta ese momento, las CCAA, al margen de unos escasos ingresos propios, dependían exclusivamente de los ingresos provenientes del Estado (tributos cedidos, participación en tributos estatales y fondos de compensación, esencialmente). Es decir, las CC.AA tenían un sistema de financiación de fuente externa, ajena y dependiente.

En cualquier caso, el sistema fue tan novedoso como testimonial y su peso desde el punto de vista financiero resultó muy escaso. Ello hizo que en 1996 se modificara el sistema sobre la base de estos tres aspectos básicos: de un lado, la atribución a las CCAA de un tramo del IRPF que se obtuvo abatiendo la tarifa estatal inicialmente a un 85% y después a un 70%, lo que en la práctica supuso elevar hasta un 30% la magnitud de la corresponsabilidad fiscal anterior; de otro lado, la concesión a las CCAA de las primeras competencias normativas (tarifas y deducciones propias) en la regulación de los impuestos cedidos que, además, pasaron a serlo también parcialmente –como el IRPF–; y finalmente, se previó una participación de las CCAA en la dirección y control de la AEAT en el IRPF dentro de su ámbito territorial.

El modelo tenía una razonable cláusula de seguridad, de modo que si, aplicado en una determinada CA, esta no alcanzaba el nivel medio de prestación de los servicios fundamentales que tuviera asumidos, recibiría las asignaciones correspondientes para cubrirlos en los PGE. No obstante ello, este sistema fue rechazado por Andalucía, Castilla La Mancha y Extremadura, que lo consideraron mucho más beneficioso para las CC.AA. más ricas.

### **3.2. La pretendida estabilidad del sistema: la reforma de 2001.**

Transcurrido el quinquenio, se produjeron dos nuevos acuerdos en 2001, esta vez aprobados por todas las CCAA, aunque no sin reticencias por parte de algunas de ellas (especialmente de nuevo las tres comunidades antes mencionadas). Este amplio consenso se aprovechó para eliminar la periodicidad de los modelos, que obligaba a continuas reformas. Con no poco ánimo voluntarista, se intentó crear un modelo estable mediante la reforma de la LOFCA, la introducción de una ley reguladora de las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema (Ley 21/2001) y otra ley reguladora de los Fondos de compensación (ley 22/2001).

En sustancia, además de los tributos ya cedidos totalmente (IP, IS, ITPAJD y Tasas sobre el juego), se cedieron el 33% del IRPF, el 35% de la recaudación líquida del IVA del territorio, el 40% de los Impuestos especiales sobre Alcohol y Cerveza, Hidrocarburos y Labores del tabaco y el 100% de los impuestos sobre la Electricidad, sobre Determinados Medios de Transporte y el de Venta Minorista de determinados Hidrocarburos, creado con ocasión de la reforma para financiar los servicios públicos esenciales de sanidad, cuya competencia se transfirió obligatoria y definitivamente a las CCAA. Adicionalmente, se crearon dos fondos de compensación interterritorial, el Fondo de Compensación –sucesor del antiguo fondo único de compensación interterritorial– y el Fondo Complementario. Para cerrar el mecanismo, se crearon el Fondo de Cohesión

Sanitaria y las Asignaciones de Nivelación, así como un Fondo de Suficiencia para garantizar el nivel mínimo de servicios básicos en todas las CCAA.

En el plano material, lo más significativo fue el incremento en términos cuantitativos y cualitativos de las competencias normativas que se cedieron, que fueron muy amplias en los impuestos cedidos tradicionales (IP, ISyD, ITPAJD) y que alcanzaron también a la tarifa del IRPF en un porcentaje igual al cedido, el 33%. Sin embargo, no se cedieron competencias ni sobre el IVA ni sobre los IIEE.

Consecuencia de esta ampliación en la cesión de competencias normativas fue la proliferación de normas autonómicas singularizadas que conviven hoy con aparente normalidad. Sin embargo, merece la pena hacer notar que a partir de este momento comenzó la progresiva “desaparición” del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD) en buena parte de las CC.AA., que lo han reducido a la mínima expresión por la vía de la bonificación en la cuota.

#### **4. Las reformas estatutarias de primera década del siglo XXI y su incidencia en la financiación autonómica: el modelo de 2009.**

##### **4.1. El proceso reformador estatutario.**

A pesar de que el modelo de 2001 se pretendía definitivo, la realidad demostró que eso no iba a ser posible por el momento. Entre 2006 y 2007, en la antesala de la crisis, se produjo un movimiento reformista estatutario que terminó provocando, de hecho y de Derecho, si no un nuevo modelo de financiación, sí al menos importantes cambios cuantitativos y cualitativos en el existente.

El primer estatuto en ser modificado fue el de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006). Le siguieron los de Cataluña (LO 6/2006), Islas Baleares (LO 1/2007), Andalucía (LO 2/2007), Aragón (LO 5/2007) y Castilla y León (LO 14/2007). A pesar de que la denominación de las leyes les atribuye la calificación de reformas de los estatutos anteriores, la verdad es que algunas son realmente leyes estatutarias nuevas, como la andaluza y especialmente la catalana. Y ha sido precisamente la reforma catalana la que ha resultado más polémica, no sólo en el aspecto hacendístico, sino en toda su estructura en general, hasta el punto que la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra un buen número de sus preceptos, lejos de zanjar las cuestiones más espinosas, ha resultado más polémica que la propia norma estatutaria, hasta el punto de que en la actualidad es considerada como una “ofensa a la soberanía del pueblo catalán” y es un argumento recurrente del “déficit” democrático del Estado español esgrimido frecuentemente por el sector secesionista catalán.

Desde el punto de vista financiero, aquel proceso de reformas estatutarias llevó a otra revisión del modelo de financiación autonómica que se plasmó en el Acuerdo 6/2009 del CPFF, acuerdo que se concretó en la Ley 22/2009 y que a su vez supuso una nueva modificación de la LOFCA (LO 3/2009) y finalmente, la promulgación de nuevas leyes de cesión de tributos del Estado a las CCAA fijando el alcance y los contenidos de la cesión (leyes 16 a 30 de 2010, publicadas en el BOE de 17 de julio de ese mismo año). Además, para adaptar los Estatutos de autonomía a la nueva estructura de los tributos cedidos, se modificaron también aquellos de un modo efectivo y no menos singular, pues se hizo a través de las respectivas leyes de cesión -que no tienen carácter de orgánicas- amparadas en la habilitación que los estatutos contienen para “modificar” algunas de ellas sin ser reformados por el procedimiento en ellos previsto; por ejemplo, el art. 178 del Estatuto andaluz, que regula los tributos cedidos, establece en su apartado 2 la posibilidad de su propia modificación mediante acuerdo con el Estado tramitado como proyecto de

ley, que es justamente lo que hace la Ley de cesión de tributos a Andalucía, 18/2010; lo mismo hace la Ley 16/2010 para modificar la disposición adicional 7ª del estatuto catalán).

A resultas de todo ello, nos encontramos con un nuevo modelo de financiación construido entre 2009 y 2010 que, sin embargo, se aplicó desde el 1 de enero de 2009. Y este fue el modelo a la espera de una prometida revisión, que debería haber tenido lugar en 2014, pero que no llegó entonces ni ha llegado aún.

#### **4.2. La reforma de 2009 del modelo de financiación.**

En este quinquenio concurren circunstancias que merecen un tratamiento aparte – se analizan más abajo-, porque explican muy bien muchas de las situaciones que se vivieron después y aún hoy continúan en parte vigentes. Pero lo que conviene subrayar ahora es que el mismo hecho de esta nueva reforma es una de esas circunstancias, por varias razones. En primer lugar, porque –se reitera- tuvo lugar un año después de declarada oficialmente la crisis financiera pero antes de que empezaran a producirse los mayores ajustes y recortes en el sector público. En segundo lugar, porque lo cierto es que la aceptación plena del modelo por parte de todas las CCAA se produjo porque el Estado pudo añadir aproximadamente 11.000 millones de euros a los inicialmente previstos en las normas reformadoras, a repartir entre las comunidades (las negociaciones para cerrar el acuerdo no fueron fáciles, hasta el punto de que el ministro de economía en ejercicio, Sr. Solbes, calificó el proceso como “el sudoku de la financiación autonómica”). Y en tercer lugar, porque ha resultado fallida: para unas comunidades porque no es el modelo al que aspiran -o al menos aspiraban- (Cataluña, en particular); y para todas sin excepción porque resultó insuficiente para hacer frente al coste de la crisis. El punto II del Preámbulo de la Ley 22/2009 estableció que “los ejes básicos del nuevo sistema son el refuerzo de las prestaciones del estado del bienestar, el incremento de la equidad y la suficiencia en la financiación del conjunto de las competencias autonómicas, el aumento de la autonomía y la corresponsabilidad y la mejora dinámica y la estabilidad del sistema y de su capacidad de ajuste a las necesidades de los ciudadanos”. La realidad, sin embargo, ha ido por otros derroteros.

Técnicamente, en el aspecto tributario el modelo de 2009 se basa en un mayor porcentaje de recaudación de los tributos cedidos, un aumento considerable de las competencias normativas, una revisión de la participación de las CCAA en la AEAT y un reajuste del reparto de “capacidad” normativa entre CCAA y EELL en el establecimiento de impuestos sobre materias imposables coincidentes (se modificó el art. 6.3 LOFCA, para permitir que la incompatibilidad entre tributos autonómicos y locales se refiera los “hechos imposables” y no a las “materias imposables”). En concreto, el porcentaje de cesión del IRPF subió hasta el 50%, lo mismo que el del IVA, mientras que el de los II EE sobre bebidas alcohólicas, hidrocarburos y tabaco se elevó hasta el 58%. Los cedidos al 100% (IEDMT, electricidad, ITPAJD, ISyD y Juego) se mantuvieron, lógicamente.

En conclusión, la reforma de 2009 se llevó a cabo porque el nuevo escenario estatutario, sobre todo en Cataluña, la exigía. Pero en realidad, todas las CC.AA. estuvieron interesadas en ella, porque todas tenían necesidad de ampliar sus ingresos para cubrir los mayores gastos destinados a los servicios públicos esenciales como consecuencia del aumento de la población. En definitiva, esto fue lo que se pretendió conseguir con el aumento de los porcentajes de cesión, por mucho que ahora, no sin motivos, se cuestione de nuevo el modelo.

### 4.3. Las deficiencias de los fondos de nivelación o equilibrio entre las CCAA.

Siendo el mecanismo de los impuestos cedidos el principal recurso financiero de las CCAA, los ingresos de cada una dependen en gran medida de su potencial fiscal, es decir, de que –en términos generales- en sus territorios se contribuya más o menos. Eso coloca a unas CCAA en una situación peor que a otras.

Por otra parte, el desarrollo del modelo de financiación autonómica previsto en la CE 1978, unido al distinto punto de partida de cada Comunidad, ha venido provocando grandes disparidades del nivel de recursos por habitante entre unas y otras, disparidad de aproximadamente un cuarenta por ciento entre la que más obtenía y la que obtenía menos. Es cierto que la CE consagra el principio de solidaridad interregional (156.1 y 158 CE) y que el TC lo ha recalado así reiteradamente. Por eso, desde el principio se instrumentaron fondos financieros para compensar estos desniveles, pero todos resultaron insuficientes y, lo que es peor, inadecuados para cumplir su propósito equilibrador y redistributivo.

El modelo actual gira en torno a cuatro fondos, cuya finalidad confesada y expresa es la de equilibrar el nivel de prestación de servicios en todo el territorio español. De un lado, el Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales (FGSPF), de otro el Fondo de Suficiencia Global (FSG) y finalmente los dos Fondos de Convergencia Autonómica: el Fondo de Cooperación y el Fondo de Competitividad.

El FGSPF debería garantizar que cada CA recibiera los mismos recursos por habitante ajustado para financiar los servicios públicos fundamentales del estado del bienestar (educación, sanidad y servicios sociales). Está integrado por un porcentaje de los recursos tributarios de cada CA definidos en términos normativos (atendiendo a las variables de población, superficie, dispersión, insularidad, las CCAA aportan hasta el 75% del fondo) y por una aportación adicional del Estado. Esto hace que cada CA tenga un saldo positivo o negativo, a aportar o a recibir como reintegro.

El FSG debería servir de cierre equilibrador del sistema. Se calcula cada año por cada CA y está constituido por la diferencia entre sus necesidades globales de financiación conforme a las competencias transferidas y la suma de sus capacidades tributarias más la transferencia del FGSPF que recibe ese año. Es decir, este FSG tiene en cuenta el saldo positivo o negativo del FGSPF, lo que disminuye su operatividad, porque sólo ajusta, no aporta adicionalmente.

Los Fondos de Convergencia Autonómica, integrados exclusivamente con aportaciones estatales, tienen como finalidad aproximar las CCAA en términos de financiación por habitante ajustado y favorecer la igualdad y el equilibrio económico territorial.

Con el Fondo de Competitividad se pretende que las CCAA con recursos por habitante ajustado inferiores a la media o a su capacidad fiscal vean incrementados dichos recursos. Por su parte, el Fondo de Cooperación se destina a las CCAA con un PIB per cápita inferior al 90% de la media, que tengan una densidad de población inferior al 50% de la media o que tengan un crecimiento de población inferior al 90% y una densidad de población inferior al resultado de aplicar el coeficiente de 1,5 a la media.

Resultado de todo ello es el menor peso de las transferencias (31% en modelo 2001, 19% modelo 2009) , lo que mejora la dinámica del sistema. Pero al mismo tiempo se acota o limita la solidaridad porque si una CA tiene impuestos suficientes para cubrir sus otros gastos –los que no se corresponden con el estado del bienestar-, los cubre y no tiene que aportar más al estado. Esto ha beneficiado hasta ahora a Madrid, Cataluña y Baleares.

Por otra parte, no puede olvidarse que los términos porcentuales son relativos, de modo que hay que calibrar la bondad del sistema acudiendo también a los términos absolutos. Y en este sentido merece la pena destacar algunos datos que inmediatamente se hicieron evidentes:

a) En el último periodo liquidado (2013), anterior a la reforma quinquenal que tenía que llegar en 2014 el sistema de financiación repartió 104.872 millones de euros (un considerable 9,8% del PIB nacional).

b) Las CCAA que más recursos recibieron del sistema fueron, por este orden, Cataluña, Andalucía, Madrid, Valencia y, a mayor distancia Galicia y Castilla y León).

c) De ellas, Andalucía, Madrid y Valencia recibieron menos parte proporcional que la que correspondería a su población, mientras que las restantes recibieron más.

d) En términos de recursos per cápita, de estas seis CCAA, las de Castilla y León, Galicia y Cataluña recibieron por encima de la media y Madrid, Andalucía y Valencia por debajo de ella.

En concreto, por lo que se refiere al reparto de los fondos, se obtenían a su vez estos datos:

a) Tomando los cuatro en su conjunto, los contribuyentes netos –es decir, no sólo no reciben sino que aportan al modelo- eran Baleares (modestamente) y Madrid (mucho más notablemente). Dicho de otro modo, los recursos que recibían del sistema procedían únicamente de su recaudación tributaria. Las demás, todas las demás, recibieron más de lo que aportaron.

b) En particular, había CCAA que no recibieron nada de algún fondo (Valencia del Fondo de Cooperación y Madrid del Fondo de Competitividad), por aplicación de los límites o los topes.

c) Finalmente, la comunidad que más recibió de los fondos fue Cataluña (en términos per cápita obtuvo más de lo que aportó por cada ciudadano).

Más allá de las disparidades entre CCAA, lo cierto es que estas son responsables de algo más de la mitad del gasto total, pero gestionan directamente sólo un tercio de los ingresos. Por otra parte, es una obviedad que el modelo no había resuelto el problema de la insuficiencia financiera de las CCAA ni tampoco les permitía gestionar los tributos en los que están sus más importantes fuentes de ingresos (IRPF e IVA).

## **5. La irrupción de la crisis y sus efectos sobre el sistema de financiación.**

### **5.1. La necesaria responsabilidad compartida de las CCAA para afrontar la crisis.**

La crisis financiera se agudizó en los meses siguientes a la aprobación del modelo actual de financiación autonómica y en mayo de 2010 se produjeron los primeros recortes del sector público, luego seguidos por otros que han continuado hasta ahora. Como consecuencia de los ajustes fiscales en España forzados por la *troika* (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional), en 2011 y 2012 las CCAA hubieron de soportar a su vez un recorte proporcional de sus ingresos y una inevitable reducción de sus gastos.

Todo ello se ha unido al déficit estructural autonómico. La ejecución presupuestaria provisional de 2012 arrojaba a mitad de 2013 un incremento de un 31% en los gastos financieros de las CCAA y el Ministerio de Hacienda se planteó imponer sanciones a

todas las Administraciones incumplidoras o incompetentes. Esto pretendió paliarse con el Fondo de Liquidez Autonómico (FLA) arbitrado para intentar liberar a las CCAA de sus deudores más inmediatos. En abril de 2013, las CCAA debían a sus ayuntamientos más de 1.700 millones de euros y la Administración estatal aseguró que retendría a las autonomías el dinero impagado a los municipios.

## 5.2. Los problemas en el reparto del déficit.

Los mayores problemas llegaron en el momento de repartir el déficit entre las CCAA. A mediados de 2013, ante las exigencias de la UE para afrontar la enorme deuda que asolaba a las Administraciones públicas (que al final del 2013 resultaba ser del 94% del PIB), el Gobierno central, además de aprobar sus propias medidas de ajuste, decidió trasladar a las CCAA las que les correspondían. Después de muchos debates políticos, en octubre de 2013, se fijó la cantidad del ajuste no estatal para el bienio 2014-2015 en 17.500 millones de euros, de los cuales casi la mitad (algo más de 8.600) habrían de corresponder a las CCAA y el resto a las entidades locales. Casi todas las CCAA se opusieron, unas (como Andalucía) porque ya estaban realizando su propio plan de ajuste que ahora se vería doblemente aplicado. Otras (como Madrid, Extremadura o Castilla y León) porque entendieron que la propuesta beneficiaba a Cataluña y a Valencia. En efecto, en mayo de 2013 se supo que el ministro de Hacienda y el consejero homólogo catalán estaban negociando en privado un aumento del déficit para Cataluña. Tal fue la situación creada que se planteó de modo abierto el tema de la asunción del déficit de modo asimétrico, es decir, permitiendo que unas CCAA pudieran tener más déficit que otras. Esta llamada financiación “a la carta” enojó bastante a muchas de las CCAA gobernadas por el Partido Popular, que se sintieron perjudicadas.

Por otra parte, la propuesta tendría que verse acompañada de un adelgazamiento del sector público en general y del autonómico en particular, de modo que se redujeran empresas públicas, algunas de dudosa utilidad y otras de coste excesivo (muchas de las empresas tenían fondos propios negativos), que además habían proliferado desde los inicios de la andadura autonómica. Pero lo cierto es que, como esta actuación quedó en manos de cada CA, los resultados no fueron los esperados, ni tan siquiera los aconsejables, aunque se han hecho importantes esfuerzos. Y así, por ejemplo, la Junta de Andalucía redujo los gastos de su administración paralela la mitad de lo que en principio pensó hacer, aunque esta mitad era de una magnitud importante habida cuenta del volumen del sector público andaluz. Con todo, el Gobierno central dio por prácticamente concluido el ajuste del sector público después de que el porcentaje de entes territoriales suprimidos llegara al 31 por ciento. En particular, las CCAA suprimieron unos 750 organismos públicos (ahora hay sigue habiendo aproximadamente 1.700), pero el recorte fue muy desigual desde el punto de vista territorial y no parece que haya respondido a un plan de acción futura, sino a la simple necesidad de recortar ya y entonces. Porcentualmente, Baleares, Castilla-La Mancha y Murcia hicieron un esfuerzo en el ajuste superior al 50% respecto a la situación de la que partían; Andalucía, Cantabria, castilla y León, Galicia, Navarra y Valencia entre el 25% y el 50%; el resto no llegó al 25%. Escaso rendimiento de la medida, parece.

Y en materia de déficit público global, de acuerdo con los planes de reequilibrio convenidos entre Estado y CCAA, de las cinco comunidades que habían superado el año anterior el déficit del 1,5% (Andalucía -2-, Baleares -1,8-, Cataluña -2-, Murcia -3- y Comunidad Valenciana -3,5-), sólo Baleares había cumplido con lo comprometido hasta el segundo semestre de 2013, por lo que el resto se vio obligado a hacer un esfuerzo

superior. En este contexto, llegaron otros presupuestos más austeros para el Estado y las CCAA en 2014.

La tensión entre Estado y CCAA en aquellos años de crisis fue tal que obligó al Estado a adoptar instrumentos de control del gasto. En este sentido, se creó la Autoridad Fiscal Independiente –Airef- (*Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal*) que tiene como misión fiscalizar la adecuación de la actividad financiera de las CCAA a las normas establecidas y en particular al Pacto de Estabilidad y a las normas sobre estabilidad y sostenibilidad (*Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*). A lo largo de esos años se adoptaron además mecanismos de ayuda o auxilio para las entidades territoriales. En particular, el Fondo de Liquidez Autonómico (*RD Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero*) para el pago de deudas contraídas alivió en parte las tensiones referidas, aunque como solución es transitoria (el dinero debe ser devuelto) y parcial (es limitado cuantitativamente).

Finalmente, hay que tener en cuenta un dato muy significativo, que resulta clave en todo este movimiento: la bajada de recaudación respecto al comienzo de la crisis (en el año 2013 unos 20.000 millones menos), lo que significaba que no había dinero para poner sobre la mesa de la financiación autonómica.

### **5.3. La reorganización de los fondos en el llamado Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas (FFCA).**

Para hacer frente a la crisis y a las dificultades de acceso a los mercados financieros por parte de las CC.AA. se habían creado, como se ha dicho ya, dos fondos diversos. Por un lado, el Fondo de Liquidez Autonómica en 2012, con la pretensión de facilitar el acceso de las CCAA a una financiación a través del Estado que difícilmente habrían podido obtener en los mercados financieros. Y por otro lado, el Mecanismo de Financiación de Pago a Proveedores a través del Real Decreto-ley 4/2013, de 23 de febrero, denominado de *medidas de apoyo al empleador y estímulo del crecimiento de empleo*, que había sido ideado y diseñado ya en el Acuerdo 6/2012, del CPFF.

A través del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de *medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico*, se reorganizaron todos los mecanismos que dieron lugar al llamado Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas (FFCA), estructurado en cuatro compartimentos, a saber: a) Facilidad Financiera; b) Fondo de Liquidez Autonómico; c) Fondo Social; y d) Fondo en liquidación para la Financiación de los Pagos a Proveedores de Comunidades Autónomas. El nuevo FFCA incorporó el patrimonio de los dos fondos existentes, que quedaron extinguidos, además de quedar el de pago a proveedores para su liquidación. Las dotaciones al fondo han de ser previstas cada año en la Ley de PGE correspondiente.

El compartimento Facilidad Financiera (FF) se actúa por adhesión de las CC.AA. cumplidoras de los objetivos de estabilidad presupuestaria fijados para cada año desde la ley orgánica 2/2012, requisito este junto a otros que valora el Ministerio de Hacienda antes de aceptar o no su incorporación cada año.

Al nuevo compartimento Fondo de Liquidez Autonómico (FLA) se llegó por adscripción automática -en el supuesto de haber estado ya la comunidad en el antiguo FLA-, o por adscripción obligatoria, en el caso de que el Ministerio le proponga su adhesión ante el incumplimiento de su período medio de pago. Para las demás, se exige

solicitud y aceptación por parte del Ministerio. Como en el caso anterior, la adhesión es anual.

El compartimento Fondo Social (FS) se destina al pago de obligaciones pendientes de las CCAA para con sus entidades locales derivadas de convenios suscritos y otras transferencias en materia de gasto social. La adhesión al FS exige también la aceptación del Ministerio, que atenderá para otorgarla a la situación financiera de cada comunidad.

Los fondos, tan recurrentes como posiblemente necesarios (las CCAA han recibido más de 300.000 millones de euros de alguno de los fondos estatales hasta 2019), han sido también en cierto modo unos elementos distorsionadores del modelo. Ello no ha impedido que algunas Comunidades hayan acudido al mercado primario colocando instrumentos financieros en el marco de la llamada Facilidad Financiera (unos 18.500 millones hasta mitad de 2017). Otras más ricas –Madrid, Navarra, País Vasco– se han endeudado en el mercado financiero sin grandes problemas. Cataluña ha tenido cerrado su acceso al mercado primario desde 2009 y su enorme deuda pública no parece que pueda permitirse abrirlo alegremente.

## **6. La pretensión de ruptura del modelo por parte de Cataluña y la reacción el resto de comunidades.**

### **6.1. La apelación al “expolio fiscal” catalán.**

La Comunidad más beligerante con el sistema de financiación de 2009 fue siempre Cataluña. Seguramente no por casualidad, la piedra de toque de las pretensiones catalanas se ha centrado en el debate sobre lo que en el entorno administrativo, social e incluso en algún ámbito académico catalán se ha denominado el “expolio fiscal”, expresión que finalmente ha calado desde las esferas políticas hasta las capas populares. Este expolio fiscal se identificaría con la sustracción de recursos que el Estado hace a Cataluña por comparación entre lo que Cataluña aporta al Estado en términos fiscales y lo que -siempre en términos fiscales- recibe de este para su financiación. A propósito de la discriminación que Cataluña esgrime, su presidente presentó a finales de 2013 una llamada “lista de agravios” que habían de ser reparados. Tal fue la situación creada, que la entonces presidenta de los populares catalanes pidió un plan para reparar a Cataluña, plan que inmediatamente fue rechazado por el Gobierno central si ello significaba una financiación diferenciada para Cataluña.

Según sus sostenedores, una de las pruebas que podrían acreditar el maltrato a Cataluña está en las llamadas “balanzas fiscales”, es decir, en el balance de saldos positivos o negativos que cada Comunidad tiene con el Estado. Las últimas balanzas fiscales entonces publicadas lo fueron en 2008 y correspondían a datos de 2005.

La teoría de las balanzas fiscales es una figura muy controvertida y no goza de aceptación pacífica entre todos los estudiosos, ni siquiera los de la Hacienda Pública, pues por un lado se dice que son las personas físicas o jurídicas las que pagan los impuestos – no los territorios en los que viven-; y por otro, se conviene en que las rentas fiscales entre territorios no son el único elemento que hay que tener en cuenta para valorar el trasvase de riqueza entre unos (los ciudadanos) y otros (los territorios), sino que hay que atender también a las rentas de explotación, es decir, a las derivadas de la actividad económica.

Además de controvertido, el modelo de las balanzas fiscales es difuso incluso en su cálculo, sobre el que no hay acuerdo científico, lo que abona el terreno a la libre interpretación. Existen dos métodos para calcular el gasto. De un lado, el de la carga-beneficio, que pretende identificar quién paga y a quién aprovecha, en relación con la

población. Es decir, asigna gastos e ingresos a un territorio en función de lo que beneficie a sus habitantes (gastos) o se obtenga de ellos (ingresos). De otro, el de flujos monetarios, que identifica lo que se imputa a cada territorio si se destinan físicamente a este, sean ingresos o gastos.

Aunque no es este un tema sobre el que exista precisamente unanimidad, lo cierto es que está más comúnmente aceptado el primero de los métodos, por ser más justo y equilibrado. Sin embargo, Cataluña, que presenta sus propias balanzas fiscales con el Estado, utiliza el segundo, que le arroja un mayor saldo deficitario. Incluso, desde el ministerio de Hacienda se llegó a afirmar que las balanzas fiscales catalanas estaban trucadas porque inflan el déficit minusvalorando y minimizando el gasto que recibe del Estado en conceptos como la defensa o la política exterior, alegando que en Cataluña haya pocas bases militares y ninguna embajada extranjera.

Las cuentas presentadas por el gobierno catalán para el año 2009 (año de comienzo de aplicación del modelo) de acuerdo con el método de flujos monetarios arrojaban un desequilibrio anual entre el Estado y las CCAA en un 8,4% del PIB (16.400 millones de euros). Sin embargo, un estudio del Instituto de Estudios Económicos de principios de 2014 lo fijó entre el 4,35% y el 4,13%). Este informe señala además que en las cuentas de la Administración catalana se incluían deudas futuras que no estaban todavía liquidadas ni es seguro que llegaran a devengarse (a saber, 15.600 millones de euros que aquella estimaba que tendrá que devolver al Estado por la financiación extraordinaria que estaba recibiendo a causa de la crisis –argucia que es calificada en el propio informe como “fraude intelectual”-). De este modo, según el citado informe, el saldo negativo quedaría en menos de 800 millones de euros. E incluso –se puede leer en el Informe- si se hubiera aplicado el método de la carga-beneficio, el saldo de la balanza Estado-Cataluña habría sido positivo para Cataluña en algo más de 4.000 millones de euros. A pesar de ello, Cataluña volvió a establecer ese déficit entre 11.000 y 15.000 millones de euros para el año 2011. Como se ve, las cuentas se presentan de modo desigual.

A pesar de que también desde el mismo ministerio se había afirmado que los datos de las balanzas fiscales sólo se publican en España (no son datos de interés en otros países), el Gobierno prometió seguir publicándolas y así lo ha ido haciendo. No obstante, la reacción al planteamiento catalán no se hizo esperar por parte de las demás CCAA. La presidenta de Andalucía, por ejemplo, aseguró que las balanzas fiscales no pueden ser una coartada para un trato desigual a los ciudadanos.

Por otra parte, la financiación real per cápita a igual esfuerzo fiscal de Cataluña para 2017, según el ministerio de Hacienda, fue más favorable en comparación con Valencia y Murcia, por ejemplo, y está al mismo nivel que Madrid y Andalucía. El recurso a los déficits fiscales, más allá del valor real que se les pueda dar, tampoco arrojaría datos discriminatorios para Cataluña. Según los mismos datos mencionados, las diferencias en gastos *territorializable* (en euros per cápita) eran peores para Madrid, Andalucía, Murcia y Valencia.

Cuestión distinta es si Cataluña debe estar mejor financiada. Partiendo de que el sistema de reparto de la financiación autonómica tiene en cuenta las variables de la población, el envejecimiento, la dispersión de habitantes, la insularidad, Cataluña ha venido solicitando que se incluyeran otros, como los diferenciales de precios –que le favorecería-, pero también es cierto que hay otras comunidades que quieren incluir más variables relacionadas con la renta per cápita, que no le favorecerían.

Con todo, los datos arrojan algunas conclusiones: la última publicación del ministerio de Hacienda de 2017 –con datos de 2014- llamada Sistema de Cuentas Públicas

Territorializadas, situaban el déficit fiscal catalán en casi 9.900 millones de euros, el de Madrid en 19.200, el de Valencia en 1.700 y el de Baleares en 1.500. Andalucía presentaba un saldo fiscal positivo de 7.600 millones y el mayor proporcionalmente era el de Extremadura (2.800 millones). Igualando competencias y esfuerzo fiscal por habitante, resulta que tomando una media de 100, Cataluña está financiada a un 96,6% y Madrid al 97%, Andalucía al 98,2% y de ahí en adelante superan el 100 todas las demás, particularmente Navarra (182,2), Ceuta y Melilla (216,8) y arriba del todo el País Vasco (227,8). Las peor paradas son Valencia y Murcia (92,2 y 93,5 % respectivamente).

## 6.2. La aspiración de Cataluña a un régimen fiscal diferenciado.

Adicionalmente, durante la crisis se produjeron dos circunstancias cuyo valor está siendo extraordinario aún, aunque no pueda afirmarse categóricamente que tuvieran una relación directa con aquella, al menos en cuanto a su causa. Sí desde luego, en cuanto al desarrollo de los hechos y a la aún existente oclusión del modelo de financiación.

La primera fue la STC 31/2010, sobre el estatuto catalán, que limitó en parte las pretensiones financieras de Cataluña. Sin embargo, no tocó el principio de *ordinalidad* (derecho de Cataluña a no rebajar su lugar en el escalafón de renta per cápita del mismo puesto de clasificación antes y después del reparto de riqueza), que se ha erigido también en eje de las demandas catalanas. Sin embargo, algunos estudios permitieron avanzar que el actual modelo de financiación haría que Cataluña bajaría del puesto inicial de partida - 3º- al 8º, Baleares del 2º al 9º y Madrid del 1º al 11º. Las CCA más beneficiadas en el orden (porque ganarían más puestos, no ingresos en términos absolutos, sino relativos por población) serían Cantabria, La Rioja; Castilla y León, Galicia y Extremadura. La defensa a ultranza de la *ordinalidad* es esgrimida por referencia al modelo alemán de financiación de los *länder*; sin embargo, bien es sabido que en el país centroeuropeo, las regiones más pobres de partida tienen una corrección de entre un 5% y un 35% en el número de sus habitantes (es decir, multiplican su población real por un coeficiente para obtener así una población ficticia que les garantice más financiación), corrección admitida de momento por todos en aquel país.

A pesar de eso, desde Cataluña se aseguraba que la solución a sus demandas pasaba por tener un régimen fiscal diferenciado del régimen común y más cercano o igual al del País Vasco o Navarra. Así lo esgrimía reiteradamente la Administración catalana, se decía también en foros académicos e incluso la patronal catalana había pedido una reforma de la Constitución para que Cataluña tenga su Hacienda propia.

La segunda, la relación de fuerzas políticas en Cataluña surgida de las elecciones autonómicas de 2011, que provocó un contencioso importantísimo con el Estado acerca de la consulta sobre la independencia de la comunidad. El resultado de las elecciones autonómicas de 2015, con mayoría independentista de escaños, abundó en esa crisis, que sigue activa a raíz de los acontecimientos de otoño de 2017 que desembocaron en la declaración unilateral de independencia del parlamento catalán en octubre y se agudizó con las elecciones autonómicas de diciembre de ese mismo 2017, con nueva mayoría independentista que sostiene una cruda pugna política provocada por las condenas penales por sedición a algunos de sus líderes mientras que mantiene sin aprobar presupuestos para la comunidad.

Ahora, pues, en el momento actual, para parte de las fuerzas políticas catalanas –las soberanistas- se ha superado la petición de una hacienda autónoma de tipo foral, paso consecuente con su pretensión de independencia. De hecho, a la convocatoria realizada

por el gobierno socialista surgido de la moción de censura de junio de 2018, dirigida a todas las comunidades no acudió la representación catalana.

Actualmente es difícil saber cuál va a ser el comportamiento catalán en este asunto. El más que probable apoyo de una parte del soberanismo catalán a los presupuestos para 2020 que ha de presentar el nuevo gobierno surgido de las elecciones de noviembre de 2019 y el anuncio por parte del presidente catalán de convocar elecciones en Cataluña después de la aprobación de sus presupuestos autonómicos (sic) sitúa el debate en una situación de enorme incertidumbre, por más varias comunidades hayan pedido avanzar en un nuevo modelo de financiación, incluso al margen de Cataluña.

### **6.3. La reacción del resto de CC.AA.**

Las pretensiones de Cataluña desencadenaron ya en los primeros años de la segunda década de este siglo las reacciones de todas las demás CCAA, unas oponiéndose y esgrimiendo para ello el principio de solidaridad y otras alegando una situación financiera en comparación con el Estado más desfavorable que la catalana.

La Comunidad de Madrid, tradicionalmente sosegada en estos temas, comenzó a disparar una munición de alto calibre: pidió una reforma integral del modelo de financiación que compense su déficit absoluto comparado (en 2012 Madrid aportó al sistema 66.000 millones de euros y recibió 11.000 mientras que Cataluña aportó 27.000 y recibió 15.700); e incluso llegó a plantearse, en términos financieros, el desmantelamiento de los regímenes forales.

Andalucía, Extremadura y Canarias pidieron conjuntamente una financiación justa que blinde la prestación de los servicios sociales y una mayor dotación del Fondo de Solidaridad. Por su parte, Aragón convocó a Galicia, Asturias, La Rioja, Extremadura y Castilla y León para formar un frente común en reclamación de que el nuevo modelo tenga en cuenta la dispersión geográfica y el envejecimiento de la población, particularmente importantes en ellas.

En mayo de 2013, la consejería andaluza competente en la materia –Sra. Montero, actualmente ministra del ramo- cifró en 5.167 los millones de euros que Andalucía habría dejado de percibir en los seis años anteriores por los incumplimientos de normas de carácter presupuestario: de un lado, la Disposición adicional 3ª del EA para Andalucía (aplicable entre 2007 y 2014), que establece que la inversión del Estado en Andalucía tiene que ser equivalente al peso de la población andaluza en el contexto nacional; de otro lado, el llamado “principio de *adicionalidad*” de los fondos europeos (Reglamento CE 1260/1999), según el cual la contribución de los fondos estructurales europeos no sustituye a los gastos estructurales de naturaleza pública de los Estados miembros.

## **7. La agudización del problema financiero y la crisis política.**

### **7.1 Situación hasta 2018.**

Los datos que continuaron aflorando a partir de mediados de la década abundan en la conveniencia, si no la necesidad, de abordar el problema de raíz. A duras penas las CC. AA. fueron logrando contener el déficit en los últimos años de la crisis, aunque con altibajos. Por ejemplo, en 2015 –debido a la habitual tardanza en conocer los datos oficiales- se supo que la deuda autonómica, ya en 2013, había llegado casi al tope previsto para 2016 y una agencia de calificación de prestigio –si es que les queda alguno- calculó entonces que hasta ese año de 2015 las CCAA tendrían necesidades de financiación de casi 90.000 millones de euros, lo que les impediría acudir con normalidad y solvencia a

los mercados financieros. Los esfuerzos no se mantuvieron al mismo nivel en por todas las CCAA y los datos sobre la ejecución presupuestaria de 2014 indicaron que las Comunidades del régimen común habrían casi duplicado su déficit, aunque algunas presentarían superávit (Asturias y Valencia). La situación política tampoco se presentaba tranquila entonces y tres CCAA (Andalucía, Asturias y Cataluña) rechazaron explícitamente el objetivo de déficit del 1% planteado por el Gobierno central.

Con posterioridad a la reordenación de los fondos en el FFCA, hasta 2017 las CCAA adheridas a algunos de esos fondos habían recibido 215.000 millones de euros (231.000 ya en 2018) y las cinco autonomías que salieron a los mercados financieros externos (Castilla y León, Asturias, Madrid, País Vasco y Navarra) colocaron más de 3.600 millones, según datos de Bloomberg, de ellos Madrid casi 2.500. En todo caso –y este es un dato significativo– los fondos permitieron a las CC.AA. ahorrar unos 22.000 millones de euros en intereses que antes pagaban a sus financiadores externos, aunque el ministerio de Hacienda calculó a principios de 2018 que el ahorro sobrepasaría los 50.000 millones.

Los años 2017 y 2018 se vieron salpicados de sucesivos acontecimientos, unos políticos y no, que tuvieron de constante actualidad el problema de la financiación autonómica.

### **7.2. La aparición de los expertos: La Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica de 2017 y las aportaciones autonómicas.**

Con el objetivo de promover la reforma del modelo de financiación, en febrero de 2017 se creó una Comisión de Expertos en el seno del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que emitió su dictamen en julio de ese año. A pesar del esfuerzo realizado, las propuestas de la Comisión siguen inaplicadas por el desarrollo posterior de la realidad política española.

También algunas comunidades han acudido a la opinión de los expertos, como Valencia o Andalucía. La Comunidad Valenciana se presentó en 2017 el segundo informe de la comisión de expertos para el sistema de financiación autonómica nombrada por las Cortes valencianas (el primero es de 2015). Por su parte, en Andalucía, ante la posibilidad de que se abriera de nuevo el debate, el Parlamento creó un grupo de trabajo a la vista de las cuentas de la propia administración autonómica, que cifraba en un 3,8% del PIB andaluz la pérdida anual con el vigente modelo de financiación. Ante el grupo comparecieron más de una treintena de expertos, previamente consensuados. Las conclusiones se presentaron en febrero de 2018 y el pleno la aprobó en marzo, en ambos casos con la votación de los populares en contra, o sea, sin llegar al consenso pretendido. El cambio de gobierno en Andalucía no augura mucho recorrido a esas conclusiones.

### **7.3. Las maniobras políticas y las pugnas entre comunidades.**

En noviembre de 2017, en pleno período preelectoral catalán y vigencia de la aplicación del art. 155 CE en Cataluña, desde el gobierno central se apremió a la oposición a consensuar la nueva financiación autonómica con el aval de las conclusiones del comité de expertos de julio anterior, y con la advertencia dura realizada por el ministerio de Hacienda a seis comunidades de su incumplimiento de la regla de gasto de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012 (Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Cataluña y Comunidad Valenciana, además de Navarra, aunque su régimen es foral) y de otra advertencia un poco más suave a Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y Extremadura), todo ello mientras la autoridad fiscal (Airef) advertía a su vez al ministerio de Hacienda de la conveniencia de ampliar los controles y aplicar

medidas correctivas a las comunidades incumplidoras para evitar el mismo problema en los años sucesivos. Hasta 2018, del total del endeudamiento de las Comunidades autónomas, las que mantenían con el Estado por los fondos era muy elevada en Valencia (80%) y Cataluña (70%) y poco en Madrid (6%). En términos absolutos, la disposición de fondos de Cataluña había rondado los 70.000 millones de euros, la de Valencia superaba los 50.000 y la de Andalucía alcanzaba los 35.000 millones.

Así las cosas, las comunidades comenzaron a hacer manifestaciones desordenadas pero que revelaban un fuerte malestar con la situación, tanto que apremiaron al gobierno a resolver el problema aun sin Cataluña.

En este contexto, a principios de 2018 se anunció que los fondos autonómicos serían ese año los mayores de la historia, ligeramente por encima de los aportados al inicio de la última reforma (más 105.000 millones de euros previstos para 2018, unos 1.000 millones más que en 2009). Siendo un importante incremento respecto a 2017, lo cierto es que, en comparación con 2009, no lo fue tanto, dado que las necesidades de gasto estaban en incremento, como por ejemplo, el de dependencia o el sanitario (lo había advertido la Airef, debido al envejecimiento poblacional, los pacientes crónicos y el coste de los nuevos tratamientos) y los ingresos por tributos propios se habían estancado, especialmente por el retroceso del sector inmobiliario. Por otra parte, el comité de expertos elevaba las necesidades hasta los 133.000 millones.

Ello no obstante, continuaba en la mesa el problema de hacer frente a las deudas acumuladas. Valencia pedía una quita (condonación de parte de la deuda), algo a lo que se opusieron Andalucía, Galicia y Madrid, por entender que ellas se habían endeudado menos y habían gastado mejor. Desde el ministerio de Hacienda se propuso reestructurar la deuda autonómica, reducir los tipos de interés y ampliar los plazos de devolución hasta los cincuenta años, para después simplificar el sistema creando un gran fondo de garantía de servicios públicos que además de los que se financian ahora, financiase también la dependencia. Pero hacerlo sin discusión no iba a ser fácil, porque la diferencia de deuda era enorme entre comunidades (por ejemplo, Madrid no llegaba a 5.000 millones). Finalmente, se propuso por el ministerio reformar los impuestos autonómicos, armonizando los de Sucesiones y Donaciones y el ITPAJD, para rebajar la competencia entre comunidades; al mismo tiempo, sugería modificar la imposición llamada medioambiental, simplificándola y armonizándola.

Mientras tanto, los acuerdos con los nacionalistas vascos para aprobar los presupuestos incluyeron una sustancial rebaja del cupo y una financiación adicional bastante elevada para obras en el País Vasco (singularmente la alta velocidad), lo que no ayudaba mucho al debate sobre las haciendas de régimen común, tanto que los presidentes autonómicos populares –pero no sólo ellos- alzaron la voz contra el acuerdo y pidieron la inmediata reunión del CPPF. Tanto fue así que el presidente el gobierno vasco se vio obligado a publicar un artículo (*El País*, 4 de diciembre de 2017) un artículo periodístico defendiendo la legitimidad histórica y la constitucionalidad del régimen foral, afirmando, entre otras cosas, que los vascos se pagan sus servicios sin pedir nada al Estado, que es plenamente solidario y que el concierto vasco podría ser una referencia para un sistema de financiación del resto de comunidades “más eficiente, justo y solidario”.

Incumplida la promesa –política- de presentar una nueva propuesta de financiación en diciembre de 2017, el presidente del gobierno hizo público su compromiso de convocar al CPPF en abril de 2018. Pero los meses anteriores a la moción de censura de junio de 2018 los ocupó el ministro Sr. Montoro en negociar los PGE para 2018, por ahora los de mayor duración de nuestra historia democrática, ya que en febrero de 2020 se encuentran

aún prorrogados aquellos a la espera de los nuevos presupuestos de la ministra Sra. Montero.

## **8. Situación actual y perspectivas.**

### **8.1. Los nuevos problemas.**

Precisamente, la entonces reciente ministra de Hacienda, reunió en julio de 2018 al CPFF –órgano bien conocido porque había sido la consejera andaluza del ramo con anterioridad- y ya agosto convocó otra reunión telemática del CPFF que aprobó la denominada “senda” de estabilidad presupuestaria para el período 2019-2021, que fijó los objetivos de déficit (0,3%, 0,1% y equilibrio en 2019, 2020 y 2021, respectivamente), los mismos que curiosamente había propuesta en el Congreso de los Diputados el mes anterior, sin éxito. Cataluña no acudió a la reunión arguyendo su disconformidad con la “senda” marcada.

Al margen de la senda de estabilidad, sigue existiendo el problema de fondo de la reforma del modelo, sobre el que las CC.AA. comenzaron a fijar posiciones. Las primeras fueron comunidades despobladas de distinto color gubernamental (Asturias, Castilla –La Mancha, Aragón, Galicia, Castilla y León y La Rioja). Los reunidos en Zaragoza acordaron rechazar el procedimiento bilateral –reuniones Estado-Comunidad propuesto por Cataluña- y exigir una financiación que garantice similares niveles de prestación de servicios en todas las CC.AA. por parte del sistema de financiación nacional (lo que denominan principio de suficiencia) y también apelar a la Unión Europea para que tenga en cuenta los problemas derivados del despoblamiento en sus propias decisiones sobre el gasto. En particular, demandaban del régimen común de financiación que se tengan en cuenta las necesidades financieras de la dependencia y que el gasto financiero se ponderase en función de su peso en el gasto real de las CC.AA. y en función de los tramos de edad de la población.

La imposibilidad de aprobar unos presupuestos para 2019 y la convocatoria de elecciones para abril de 2019 mantuvieron en reposo el debate. Aunque no la publicación de cifras. Conforme a la Contabilidad Regional de España (publicada en diciembre de 2019), el producto interior bruto por habitante de cada comunidad arrojaba diferencias entre algunas cercanas al 100% (Madrid 53.041, Melilla 18.533 euros, para una media nacional de 25.727, por debajo de la que están Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Valencia, Extremadura, Galicia, Murcia y Ceuta y por encima sólo Aragón, Islas Baleares, Cataluña, Navarra, País Vasco y La Rioja, además de la ya citada Madrid).

Pero los problemas continúan, los tres últimos de entidad no menor.

En primer lugar, el relativo al desbloqueo de las entregas a cuenta. Durante la época inter-electoral –abril y noviembre de 2019- y con el gobierno en funciones desde febrero anterior, el grupo popular propuso desbloquear la actualización de las entregas a cuenta del gobierno central a las CC.AA. mediante una línea de crédito sin intereses que les permitiera obtener liquidez. El gobierno había sostenido –apoyado en un informe de la Abogacía del Estado- que no podía actualizar las entregas a cuenta por estar en funciones, porque dado que no tiene aprobado un presupuesto, no podría determinar la parte correspondiente a cada comunidad, de modo que en 2019 las CC.AA. recibieron las mismas que en 2018. La polémica continuó en el senado que, en su primer pleno, debatió sobre la financiación autonómica y los demandantes del desbloqueo de las entregas a cuenta insistieron en él. La normativa que rige el modelo de 2009 establece que las CC.AA. han de recibir el 98% de sus ingresos estimados por la cesión de los rendimientos

del IRPF, IVA e Impuestos Especiales, ingresos que se regularizan cuando se liquida definitivamente el ejercicio. El desbloqueo dio un giro después de la convocatoria de nuevas elecciones generales para el día 10 de noviembre de 2019 y un mes antes, apoyada en otro informe de la Abogacía del Estado- la ministra de Hacienda comunicó la reactivación de las entregas a cuenta a las CC.AA. por un montante de 4.600 millones de euros. Al mismo tiempo se anunció la dotación de 117.000 millones para la financiación autonómica de 2020.

En segundo lugar, se ha puesto sobre la mesa la petición de la parte del IVA de 2017. Varias comunidades han reclamado al nuevo gobierno el pago del IVA restante correspondiente a la liquidación de 2017 que asciende a 2.500 millones de euros correspondientes al mes de noviembre de aquel año (que se “perdió” para las CC.AA. pero que sí recaudó obviamente, el Estado, debido a la implantación del Sistema Inmediato de Información –SII-). La ministra de Política Territorial y Función Pública ha señalado que no ve factible el abono solicitado debido a impedimentos jurídicos que no son otros –según parece- que su falta de previsión en los PGE aún aplicables, los de 2018 prorrogados. La autoridad fiscal Airef –sorprendentemente, pues hasta ahora había sido firme defensora de la rebaja y del control del déficit y no parece que eso vaya a cambiar aunque su anterior presidente sea ahora ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones- ha pretendido mediar en el asunto, sugiriendo que en compensación se incremente el margen del déficit de endeudamiento para las CC.AA. La respuesta no ha satisfecho a las CC.AA. Madrid y Galicia han demandado al gobierno y Andalucía se ha mostrado dispuesta a hacerlo también si el asunto no se desbloquea en el CPFF. Esta comunidad, además, reclama unos 4.000 millones de euros que el anterior gobierno socialista hizo constar en un documento aprobado por el Parlamento andaluz en 2017.

Y en tercer lugar, han surgido controversias sobre el acceso a los mercados externos y el recurso al Fondo de Financiación a las Comunidades Autónomas. A finales de 2019, el ministerio de Hacienda comunicó a la Junta de Andalucía que tenía que hacer ajustes por haber superado el límite de déficit. Al margen del rifirrafe entre ambos entes debido al origen del déficit (el ministerio sostiene que es de 2019 mientras que el gobierno andaluz sostiene que es de 2018, cuando la actual ministra de Hacienda era consejera andaluza), lo cierto es que eso impediría a la Junta de Andalucía acudir al mercado a financiarse y la obligaría a acudir al FLA, como así ha ocurrido.

## **8.2. Las nuevas maniobras gubernamentales.**

El gobierno ha dotado el Fondo de Liquidez Autonómico y la Facilidad Financiera en casi 17.000 millones de euros para el primer semestre de 2020 y ha mejorado las condiciones de los préstamos (ampliación de los plazos de amortización y supresión de la condicionalidad de otros años para continuar en el fondo). En la Facilidad Financiera están la mayoría de las comunidades, excepto Murcia, Valencia y –desde este mismo año- Andalucía, además de Madrid, País Vasco y Navarra, que no han solicitado su adhesión al FFCA ni Asturias, que ha preferido acudir a los mercados. La Facilidad Financiera asigna casi 5.600 millones de euros a Cataluña y 154 a La Rioja; por su parte, el FLA asigna casi 3.100 a Valencia y 753 a Murcia.

El CPFF del 7 de febrero de 2020 ha estado aderezado con el malestar de las CC.AA. por la negativa del gobierno a regularizar el IVA 2017 que aún se ha satisfecho. Y seguirá sin hacerse, porque el gobierno insiste en que ya se ha cerrado el ejercicio 2019, es decir, el año en que debía regularizarse el 2017. A cambio se ha previsto una nueva senda de gasto más generosa que la anterior, que sitúa el techo de endeudamiento para 2020 en el

0,2% del PIB, en el 0,1% para 2021 y en equilibrio (0%) en 2022. El 0,2% de este año supone una cantidad cercana a los 2.500 euros, justo lo que se reclama de IVA. Por otra parte, las CC.AA. dispondrán de un nuevo mecanismo de financiación sin intereses para cubrir la cantidad ya gastada correspondiente a la parte de aquel IVA no regularizado (la nota de prensa del ministerio lo denomina “extra FLA/Facilidad Financiera). Aunque la mayoría de las comunidades y ciudades autónomas han votado a favor de la nueva senda -11 a 6-, lo cierto es que la compensación de falta de ingreso del IVA 2017 con más endeudamiento no puede ser una vía satisfactoria para aquellas puesto que incurrirán en más déficit y este, tarde o temprano –excepto que se condonen, algo que por ahora no es previsible que ocurra- hay que pagarlo; y, en todo caso, resulta un tanto sorprende y atípico para el Derecho que una deuda – Estado deudor y CC.AA. acreedoras- se salde con un préstamo entre las mismas partes que finalmente invierte las posiciones de cada una –CC.AA. deudoras y Estado acreedor-.

Cataluña tampoco ha acudido a la reunión, aunque en esta ocasión su presencia era más innecesaria que nunca si, como se apunta, el presidente del gobierno acordó el día anterior con el presidente de esa comunidad un tratamiento específico para ella.

### 8.3. La misma incertidumbre.

En estas condiciones, todo está pendiente de dos circunstancias. Por un lado, de la aprobación de los próximos PGE. Es de suponer que las CC.AA. volverán a insistir en la regularización del IVA y es de esperar que a partir de que entren en vigor pueda empezar a abordarse la reforma del sistema de financiación. Por otro, de la posición que adopte Cataluña en las negociaciones, que es una auténtica incertidumbre sobre todo si mantiene su exigencia de un régimen diferenciado.

## 9. Conclusiones.

1ª El modelo de financiación autonómica configurado en la Constitución Española de 1978 se ha demostrado ineficiente, no tanto por su diseño, que fue ampliamente consensuado, cuanto por su desarrollo posterior. La “renovación” quinquenal del régimen no ha producido los efectos deseados, no ha sido siempre consensuada y lejos de resolver problemas estructurales, ha servido fundamentalmente para satisfacer necesidades coyunturales.

2ª La crisis financiera ha empeorado la situación de modo formidable. El acopio de competencias que han ido haciendo las CCAA y el papel central asumido por el Estado a través de diversas intervenciones normativas ha provocado problemas de solvencia en casi todas ellas, hasta el punto de que la situación de algunas es realmente alarmante.

3ª La petición de una modificación del sistema o de un cambio de modelo que procure ingresos en función de sus competencias y de sus necesidades es una exigencia de casi todas las CCAA, en especial de las más poderosas.

4ª La crisis ha afectado también a algunos principios básicos del modelo de financiación autonómica. La introducción de criterios como el de *ordinalidad* desplaza al principio de solidaridad como eje de la redistribución de la riqueza. Se ha dicho que este sería un principio irreprochable, si no fuera porque no afecta a Navarra y País Vasco, que quedan al margen. El resultado de todo ello es que se está extendiendo la idea de que hay que limitar la solidaridad. Gran parte de las razones que avalan estas tesis se basan en el controvertido argumento según el cual con el dinero de todos se están pagando servicios de lujo en algunas comunidades, como las televisiones autonómicas, por no hablar de la proliferación de entes públicos socialmente inútiles.

5ª Se está abriendo paso, al menos a nivel teórico y político, una nueva tendencia que apunta ahora a repartir (a redistribuir) sólo para los servicios esenciales (sanidad, educación, servicios sociales) dejando el resto a las capacidades que se deriven del respectivo ingreso fiscal. Esta limitación de la solidaridad hasta los servicios mínimos esenciales impide de hecho que las CCAA más pobres tengan más dinero por habitante que las ricas tras el reparto del fondo común. En sustancia, eso supone una mayor nivelación de la prestación de servicios en función del esfuerzo fiscal (mismo esfuerzo, mismos servicios) pero, en definitiva, también menos solidaridad.

6ª La autonomía financiera es consustancial a la autonomía política. No puede pretenderse la primera sin la segunda. Abundando más, se puede afirmar que la autonomía financiera no es posible sin autonomía tributaria. De hecho, la financiación ha sido uno de los ejes centrales de las propuestas soberanistas de Cataluña. Este axioma es válido tanto si Cataluña llega a tener algún tipo de independencia política –en cuyo caso le sería inherente su propia autonomía financiera- como si no lo hace. En sustancia, la decisión sobre el grado de autonomía de las CC.AA. -de todas- no puede ser exclusivamente “política”, sino también –y sin exageraciones- fundamentalmente financiera, porque la primera depende en gran medida de la segunda.

7ª Cuando se habla de financiación autonómica se suele hacer referencia a ésta exclusivamente en términos de ingresos. Sin abandonar estos contenidos, como es lógico, hay que extender los análisis sobre financiación a la articulación de los gastos públicos (art. 31 CE). Las CCAA han ido asumiendo cada vez más competencias materiales y tienen mayores exigencias de gasto y las fuentes de ingreso son tanto internas como externas (estatales y europeas); en esta dimensión puede hablarse de financiación del Estado autonómico, pues hay que tomar en consideración todos los recursos necesarios para financiar los servicios prestados por las CC AA.

8ª. Ciertamente, el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común ha sido a menudo criticado desde la doctrina por su extraordinaria complejidad y por su falta de transparencia. Resulta muy difícil de entender su funcionamiento, sobre todo porque junto a los recursos de naturaleza tributaria (impuestos cedidos y tributos propios), las Comunidades Autónomas se financian, como se ha puesto de manifiesto, con cargo a diversos fondos tradicionales que a menudo se solapan y su funcionamiento genera distorsiones en el resultado final, por lo que merecería la pena simplificarlos. Debido a ello, el papel de la política fiscal autonómica habría de ser fundamental. Sin embargo, las competencias autonómicas en la creación de impuestos están ciertamente limitadas y la experiencia mostrada en estos años de crisis no es muy alentadora. Es preciso, por tanto, redefinir el modelo conforme a las exigencias de los nuevos tiempos, no sólo para afrontar la crisis, sino para planificar adecuadamente el futuro.

9ª. En el ámbito de los impuestos cedidos, el ejercicio por las Comunidades Autónomas de las amplísimas competencias normativas atribuidas ha generado un panorama de enorme descoordinación en su regulación y sobre todo enormes diferencias de tributación para los contribuyentes en función de la Comunidad Autónoma en la que residen. Se abre paso así la necesidad de armonizar la regulación de estos tributos a través del establecimiento por el Estado de un mínimo común aplicable en todas las Comunidades Autónomas, pues no en vano algunas de estas, haciendo uso de dichas competencias, han llegado prácticamente a suprimir en su territorio los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones. La reciente propuesta de “armonizar”

estos impuestos para todas las CCAA -reedición de una propuesta ya formulada años antes por otro gobierno de signo político distinto- ha hecho saltar las alarmas.

**10ª** Es preciso buscar alternativas que encajen en el bloque de constitucionalidad para que las CC.AA. puedan hacer efectivos los principios de autonomía financiera y responsabilidad fiscal, en el contexto de las restricciones que se derivan del principio de estabilidad presupuestaria. Sin embargo, el principio de estabilidad presupuestaria no puede erigirse en el eje central de la política de financiación autonómica. Hay que encontrar medios para hacer compatibles las exigencias razonables de este principio con las legítimas aspiraciones de las CCAA de poder llevar a cabo las políticas públicas y de prestar los servicios públicos que se derivan de sus competencias constitucionales y legales.

**11ª** Los acontecimientos desde 2017 acaecidos en Cataluña (aprobación de las leyes de referéndum y de transitoriedad por el Parlamento de Cataluña -anuladas por el TC-), la aplicación del artículo 155 CE en esa comunidad y la desobediencia institucional de su gobierno, así como la ausencia voluntaria de representación catalana en el CPFF), ha producido de facto la paralización de la reforma del sistema de financiación. Así las cosas, las CCAA intentan cubrir sus déficits - o parte de ellos, porque también tienen la posibilidad de emitir deuda- mediante acuerdos puntuales con el gobierno, en particular a través de los Presupuestos Generales del Estado, vía esta en la que –sabido es- no todas ellas tienen la misma capacidad negociadora.

#### **10. Nota breve sobre las fuentes informativas y de datos.**

Este trabajo ha sido elaborado en gran medida partiendo de la información obtenida a lo largo de los años de diversas fuentes no bibliográficas, que han sido las notas y publicaciones del Ministerio de Hacienda en sus varias denominaciones sucesivas y los medios de comunicación, que se han preocupado bastante por este tema hasta hacerlo prácticamente casi de general conocimiento. También he reestructurado parcialmente un texto presentado al Centro de Estudios Andaluces integrando el Informe final del Proyecto de investigación PRY024, el 1 julio de 2014. En aquel se expuso la situación existente hasta la mencionada fecha, habida cuenta de que en ese año debía procederse a la revisión quinquenal del modelo de financiación aprobado en 2009. Como se ha aclarado en el texto, esta reforma no ha llegado a producirse aún. No tengo constancia que se diera difusión pública al informe.

Tanto para aquel trabajo como para este, los datos reflejados han sido obtenidos de fuentes públicas y publicadas. Si no se hace referencia expresa, la fuente de los datos son siempre el Ministerio de Hacienda, los Presupuestos Generales del Estado y las Consejerías autonómicas competentes; las del resto de datos están citadas en el texto expresamente, salvo omisión o error involuntarios. Existe y conservo constancia documental de todas ellas, aunque he optado por no anotarlas dato a dato debido a su cantidad, para hacer más fácil la lectura y seguir sin distracción el hilo de los acontecimientos, que son indispensables para comprender lo que ha ido ocurriendo a lo largo de estos años en torno a la financiación autonómica. La limitación de la extensión del trabajo publicable en la revista también ha tenido relevancia.

## INTRODUCING GROUP WORK AND PROFESSIONAL WRITING IN A BRITISH LAW SCHOOL: A PRACTICAL ASSIGNMENT AND STUDENTS' PERCEPTIONS INSIDE THE LIBERAL V VOCATIONAL LAW DEGREE DICHOTOMY\*

Introduciendo el trabajo en equipo y la escritura profesional en los estudios de Derecho en el Reino Unido: una experiencia práctica y su valoración por los estudiantes en la dicotomía grados liberales vs. grados vocacionales

Maribel Canto-López  
Lecturer in Law  
University of Leicester, UK

---

### ABSTRACT

The requirement of producing employable graduates is arguably well established now in Higher Education. However, academics are resisting the idea of transforming Universities on factories that will deliver work-ready graduates. The dangers of overdoing the employability bid may entail Universities betraying their role of just forming better citizens. In this liberal v vocational degree resistance plane is where we want to situate our assignment, which introduces employability skills. In any case, we back this kind of assignment only as part of a liberal education and being aware of the criticisms that introducing skills brings as a sign of siding with the industry and the government. Our assignment promotes two employability skills to students: group work and professional writing. This project also involved collaboration with professional Careers services and a London based Law firm. The research presented on this paper wanted to identify through our students' perceptions what they felt about this kind of assignment on the first year of their Law degree. Using qualitative data based on interviews from six focus groups, we were able to

analyze the data and discuss the results. Students reflects on the assignment design, the employability skills' experienced and the subject knowledge applied in practice. The positive outcomes from the data gives encouragement about presenting this activity as a worthwhile project to other tutors that want to embark on the design or adapt assignments, which involve employability skills. Furthermore, as a result of this study we want to commence similar projects in years two and three of the Law degree; in order to help our students to become effective learners, skillful professionals and better people.

### KEYWORDS

Employability skills, group work, professional writing, vocational degrees, liberal degrees, marketisation of Higher Education.

---

\* The author wishes to thank colleague Nicky Jackson for helping with the practical scenario in Contract Law and the students that participated in the focus groups. This paper was written during a period of academic study leave granted by the University of Leicester, for which I am really grateful.

## RESUMEN

La necesidad de formar graduados preparados para el empleo parece hoy una cuestión plenamente asumida en la educación superior. Sin embargo, el mundo académico se muestra reticente a la transformación de las universidades en fabricas productoras de graduados listos para el trabajo, en la medida en que exagerar el empeño por la empleabilidad podría conllevar que aquellas traicionasen su función de formar mejores ciudadanos. En este clima de oposición entre grados liberales y grados vocacionales hemos querido situar la actividad práctica de la que damos cuenta en el presente artículo, actividad que tiene por objeto introducir habilidades de empleabilidad en los estudios universitarios, siempre y cuando ello forme parte de una educación liberal y aun siendo conscientes de que tal objetivo pudiera ser visto como un signo de alineamiento con el gobierno y el mercado. La actividad, llevada a cabo en el primer curso del grado en Derecho, ha perseguido la promoción en concreto de dos habilidades de empleabilidad: el trabajo en equipo y la escritura

profesional, y su desarrollo ha contado con la colaboración del servicio de empleabilidad de la Universidad y de una firma de abogados con sede en Londres. En nuestra investigación hemos querido conocer las impresiones de nuestros estudiantes, para lo que nos hemos servido de un análisis cualitativo a través de entrevistas realizadas a seis grupos de estudiantes, tras las que hemos efectuado el correspondiente análisis y discusión de los resultados. Los estudiantes reflexionaron sobre el diseño de la actividad, las habilidades de empleabilidad que experimentaron y su aplicación en la practica. Los resultados positivos de esta experiencia nos animan a recomendarla a otros profesores universitarios que quieran abordar el diseño de este tipo de actividades o, simplemente, adoptar otras en las que se introduzcan habilidades de empleabilidad. Por nuestra parte, nos proponemos llevar a cabo proyectos similares en los cursos segundo y tercero del grado en Derecho, para ayudar a nuestros estudiantes a convertirse en alumnos eficientes, profesionales habilidosos y mejores personas.

## PALABRAS CLAVE

Habilidades de empleabilidad, trabajo en grupo, escritura profesional, grados vocacionales, grados liberales, mercantilización de los estudios universitarios.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The Liberal *versus* Vocational Dichotomy in Higher Education. 3. The Assignment in Practical Terms. 4. The Research: Results and Analysis. 4.1. Views on the Assignment Design. 4.2. Awareness Regarding Employability Skills. 4.2.a) Group Work Skills. 4.2.b) Professional Writing Skills. 4.3. Insights into Subject Learning. 5. Looking Ahead. 6. Conclusions. Appendix 1. Appendix 2. Bibliography.

## 1. Introduction.

In November 2016 the Higher Education Academy (HEA), now Advance HE, published that according to the UK Engagement Survey (UKES) just 51% of undergraduates felt that they had developed the skills that ‘ready them for the world of work’.<sup>1</sup> This fact may not sit well in a Higher Education (HE) sector in which employability of graduates is gaining importance by the day. It is accepted now that HE students cannot be contemplated just as knowledge recipients anymore.<sup>2</sup> The sector expects law graduates supplied with some ideas about professionalism<sup>3</sup> and skills by the time they complete their degree; in order to gain employment.<sup>4</sup> This idea is also endorsed by the Quality Assurance Agency for Higher Education (QAA); for example in its Subject Benchmark Statement for Law (2015) it asserts: ‘(that) a law graduate is far more than a sum of their knowledge and understanding and is a well skilled graduate...’.<sup>5</sup> As expected, the employer is behind the idea of skilled graduates; the Confederation of British Industry (CBI) (2016)<sup>6</sup> recognized some recent improvement with graduate skills, but stressed that skills are particularly important now as ‘the UK carves out a new economic role in the world and begins the process of leaving the European Union’.<sup>7</sup> In any case, the actual HE climate in which ‘skills’ are seeing as part of the package Universities should offer graduates is the backdrop for the presentation of this research. This paper shows a group work assignment that introduces professional writing and our students’ perceptions on it. We believe it is the right time to stimulate conversations about introducing employability skills in the University’s curriculum. However, since the introduction of skills and ideas of employability are resisted by some academics, we thought it would be fair to start this paper looking at the debate around the pursue of

<sup>1</sup> UKES 2016 – undergraduates engaged on their courses but only half feel equipped for the world of work, HEA (3<sup>RD</sup> November, 2016):

<https://www.heacademy.ac.uk/institutions/surveys/uk-engagement-survey-2016#section-2> [accessed 15/8/2019].

<sup>2</sup> JACKSON, D. (2015) “Employability skill development in work-integrated learning: Barriers and best practice”, in *Studies in Higher Education*, Vol. 40, n° 2, p. 351; (2) 350 at 351; GULIKES, J., BASTIANENDS, T. and KIRSHNER, P. (2004) “A Five dimensional Framework for Authentic Assessment”, in *Educational Technology Research & Development*, Vol. 52, n° 3, p. 67.

<sup>3</sup> DAGILYTE, E. and COE, P. (2014) “Professionalism in Higher Education: Important not only for Lawyers”, in *The Law Teacher* Vol. 48 n° 1, p. 34; BARON, P. and CORBIN, L. (2012), “Thinking like a Lawyer, acting like a Professional: Communities of Practice as a means of Challenging Orthodox Legal Education”, in *The law Teacher*, Vol. 46, n° 2, p. 100.

<sup>4</sup> TURNER, J., BONE, A. and ASHTON, J. (2016) “Reasons why law students should have access to learning law through a skills-based approach”, in *The Law Teacher*, Vol. 52, n° 1, p. 1.

<sup>5</sup> QAA Benchmark for Law, “A law student’s skills and qualities of mind”, in: <http://www.qaa.ac.uk/en/Publications/Documents/SBS-Law-15.pdf> [accessed 8/8/19].

<sup>6</sup> CBI/Pearson Education and Skill Survey (2016), The Right Combination, in: <http://www.cbi.org.uk/cbi-prod/assets/File/pdf/cbi-education-and-skills-survey2016.pdf> [accessed 10/8/19].

<sup>7</sup> Ibid; foreword by Josh Hardie, deputy director general of CBI [accessed 10/8/19].

liberal *versus* vocational degrees.<sup>8</sup> Then we will present the assignment and its practicalities. After which, we will describe the research and data analysed and collected from the students' perceptions on the assignment. Finally, we will arrive at our conclusions and report on the consequent future' plans derived from this research.

## 2. The Liberal *versus* Vocational Dichotomy in Higher Education.

A challenge for many HE institutions, nowadays, is to encourage the design of teaching activities that encourages subject learning and employability for students,<sup>9</sup> and which is practical.<sup>10</sup> We think our assignment can fit into that blueprint. However, before we start describing our activity, as explained above, we will illustrate some opposition in academia towards pushing employability and employability skills as being part of the University's goals.<sup>11</sup> In fact, using employability as an indicator of quality performance for higher education, is causing distress to many academics in the front line.<sup>12</sup> This narrow view of a University,<sup>13</sup> where students are seen as future workers instead of good citizens is being resisted.<sup>14</sup> There is tension, as the industry and academia will have different ideas regarding what should be the attributes for graduates. In any case, the pendulum seems to swing towards the need for more practicalities in education.<sup>15</sup> Arguably, we can see how academic institutions are moving towards a curriculum that is responding to the market, the legal profession, parents and students' demands.<sup>16</sup> Unfortunately, the more theoretical side of academia is portrayed by non-academics as 'irrelevant and pretentious.' According to some authors, the danger sits on ignoring the role Universities

---

<sup>8</sup> This expression is borrowed from the following phrase: '...arguments around the purpose of law degrees have crystallised into a liberal versus vocational dichotomy' in GUTH, J. and ASHFORD, C. (2014), "The Legal Education and Training Review: Regulating socio-legal and liberal legal education?", in *The Law Teacher*, Vol. 48, n° 1, p. 5.

<sup>9</sup> PEGG, A. et al (2012), "Pedagogy for employability" HEA 2012: [https://www.heacademy.ac.uk/system/files/pedagogy\\_for\\_employability\\_update\\_2012.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/pedagogy_for_employability_update_2012.pdf), p. 11 [accessed 13/7/19].

<sup>10</sup> "It is clear that people learn through mainly doing it" in UK COMMISSION FOR EMPLOYMENT AND SKILLS (CES) (2008) "Employment Skills Project. Review of Evidence on best Practice in Teaching and Assessing Employability Skills", in: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140108132755/http://www.ukces.org.uk/assets/ukces/docs/publications/employability-skills-project.pdf>, p.7 [accessed 26/6/19].

<sup>11</sup> WILLIAMS, G. (2003) *The Enterprising University: Reform, Excellence and Equity* (Buckingham: SRHE/Open University Press), p. 122.

<sup>12</sup> CANTO-LOPEZ, M. (2018) "New Challenges in the UK Legal Education landscape: TEF, SQE and the Law Teacher", in *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva época)*, n° 18, p. 12.

<sup>13</sup> TROSTEL, P. (2015) "It's Not Just the Money: The Benefits of College education to Individual and to Society" (Lumina Issue Papers, 2015), in: <https://www.luminafoundation.org/files/resources/its-not-just-the-money.pdf>; SLAUGHER, S. and LESLIE, L. (1997) *Academic Capitalism: Politics, Policies, and the Entrepreneurial University* (Baltimore, John Hopkins University Press), p. 9; PARKER, M. and JARY, D. (1995), "The McUniversity: Organisation, management and Academic Subjectivity" in *Organization*, Vol. 1, p. 319.

<sup>14</sup> KNIGHT, P.T. (2001) "Employability and Quality", Editorial in *Quality in Higher education*, Vol. 7, n° 2, p. 93; MORLEY, L. (2001) "Producing New Workers: Quality, Equality and Employability in Higher Education", in *Quality in Higher Education*, Vol. 7, n° 2, p. 136; LEONARD, D. (2000) "Transforming doctoral studies: competencies and artistry", in *Higher Education in Europe*, Vol. 25, n° 2, p. 182.

<sup>15</sup> CLINEBELL, S.K and CLINEBELL, J. (2008) "The Tension in Business Education between Academic Rigor and Real-World Relevance: The Role of Executive Professors", in *Academy of Management Learning & Education*, Vol 7, n° 1, p. 99.

<sup>16</sup> SYMES, C. and MCINTRYRE (2000), *Working Knowledge: the New Vocationalism and Higher Education* (Buckingham, Open University Press).

play on helping build a better society.<sup>17</sup> Legal education cannot escape from the pressures depicted above. Law institutions are used to external demands; and they have been going through reviews of their curriculums for the last 50 years,<sup>18</sup> based on pressure from the legal profession.<sup>19</sup> In the 90s, academics did not want to be seen as being ‘captured’ by the profession; and some indicated dislike towards an idea of ‘legal skills’ that would only serve the profession and not society in general.<sup>20</sup> The administration was also on the side of industry, pushing law departments towards skills needed for the profession, more than towards theory, critical analysis or reflections.<sup>21</sup> Actually, some law schools, more vocational orientated, offered at that time to help reform the academic curriculum and restore a ‘a sense of ethic and professionalism’ that would supply better lawyers for society.<sup>22</sup> Afterwards, the millennia arrived with neoliberalism and globalization affecting legal education and the idea of knowledge economy as the driver of changes in education in general.<sup>23</sup> Internationally at this time, some governments in the OECD started pressure to transform universities into generators of work-ready graduates in a ‘knowledge-based economy’.<sup>24</sup> Again, in the UK there were talks and debates regarding the purpose of Law Schools and their curriculums;<sup>25</sup> and resistance by academics to stop legal education becoming legal training:<sup>26</sup>

*‘The law school does not exist to service the needs of the legal professions...utility does not validate research in the university law school nor does the degree of utility increase the importance of research.’<sup>27</sup>*

In any case, after 2012 and the ‘fee-based funding’ system in English Universities<sup>28</sup>, the new ‘buzz’ words came to be ‘value for money’ degrees.<sup>29</sup> As with other HE

<sup>17</sup> CLINEBELL, S.K. and CLINEBELL, J. “The Tension in Business Education”, op. cit., p. 104.

<sup>18</sup> ‘Omrod Report 1971; Benson Report 1979; Reports by the Committee on Legal education and Conduct (1992-1999), and the Legal Education and Training Review (2013).

<sup>19</sup> HAND, J. and SPARROW, C. (2015) “Crumbling, creeping or enduring – the foundations of legal knowledge at a time of training reform” in *Amicus Curiae*, Vol. winter 2015, n° 104, p. 10.

<sup>20</sup> TODDINGTON, S. (1994) “Skills, Quality and the Ideologies of Managerialism”, in *The Law Teacher*, Vol. 28, n° 3, p. 256.

<sup>21</sup> BRIGHT, S. (1991) “What, and How, Should We Be Teaching”, in *The Law Teacher Law Teacher*, Vol. 25, n° 1, p. 19.

<sup>22</sup> MAYSON, S.W. (1992) “The future of the Legal Profession”, in *Nottingham Law Journal*, Vol. 1, p. 8.

<sup>23</sup> THORNTON, M. (2001) “The demise of diversity in legal education: Globalisation and the new knowledge economy”, in *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 8, p. 37.

<sup>24</sup> TOMLINSON, M. (2018) “Conceptions of the Value of Higher Education in a Measured Market” in *Higher Education*, Vol. 75, p. 711; CLARK, B. (1998) *Creating entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of transformation* (Oxford: Pergamon Press); CURRIE, J. and NEWSON, J. (1998) (eds.) *Universities and Globalization* (London, Sage).

<sup>25</sup> COLLIER, R. (2005) “The Liberal Law School, the Restructured University and the Paradox of Socio-Legal Studies” (Review Article), in *the Modern Law Review*, Vol. 68, n° 3, p. 477; THOMASSER, C. and LAPERRIERE, R. (1999) “Faculties under influence: the infeedation of law schools to the legal professions”, in F. Cowrie (ed.) *The Law School – Global Issues, Local Questions*. (Routledge).

<sup>26</sup> COATE, K. et al. (2000) *Academic and Academic related staff, involvement in the Local, regional and National Economy* (London, Association of Law Teachers).

<sup>27</sup> BRADNEY, A. (2003) *Conversations, Choices and Chances: The Liberal Law School on the Twenty-First Century*. (Oxford, Hart Publishing), p. 125.

<sup>28</sup> ‘The government raised the cap on tuitions fees for new students to £9,000 in 2012/13 and cut most ongoing direct public funding for tuitions in England in ‘HE in England from 2012: Funding and Finance’ HOUSE OF COMMON LIBRARY (3 April 2017):

<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06206> [accessed 15/8/19].

<sup>29</sup> UNIVERSITIES UK (2017) ‘Education, Consumer Rights and Maintaining Trust’:

<https://www.universitiesuk.ac.uk/policy-and-analysis/reports/Documents/2017/education-consumer-rights-maintaining-trust-web.pdf> [accessed 15/8/19].

institutions in general, legal education saw providers of law degrees compelled to make changes to their services by requests of students, employers, legal services regulators and other stakeholders.<sup>30</sup> Incidentally, the Solicitors Regulation Authority is not helping the situation with the controversial new proposed Solicitors Qualifying Examination (SQE)<sup>31</sup> fueling the profession *versus* academy debate again.<sup>32</sup> Against the pressure from those pushing for a more vocational degree, we have those academics supporting the idea of a liberal education, 'education for education sake' instead of just endorsing the idea of exclusively preparing students for the world of work.<sup>33</sup> Liberal degrees teach students to ask the relevant questions: '...they are about thinking about "stuff" rather than knowing "stuff"'.<sup>34</sup> Preparing students to think about what the law 'ought' to be not just what the law 'is'.<sup>35</sup> It would impoverish legal education if it became just about training students for work and not for the 'pursuit of knowledge'.<sup>36</sup> In truth, at this point in time, legal education in the UK seems drifting towards the goals of employability and students' consumer satisfaction; both are aims that should not be considered the only way to value law degrees.<sup>37</sup> However, it is clear in the terms of reference for the recent 'Augar Review' that it refers to degrees as 'value for money'.<sup>38</sup> Unfortunately, this 'degree valuation' is demoralising law teachers.<sup>39</sup> Some academics are feeling that the 'raison d'être' of Universities, which is to train future citizens to question the institutions that dominate our lives is disappearing; they fear that Universities will become places in which students will actually learn to endorse the agenda of those powerful institutions.<sup>40</sup> There is however a middle ground, in which the learning of skills and professional knowledge are welcomed as long as they fit in the bigger picture of what a liberal education means.<sup>41</sup> In this middle ground is where we would like to situate this group work and professional writing assignment, we are presenting in this publication. Hence, the design was based on an idea of employability, which should be understood as encompassing the teaching and learning of 'knowledge, skill and attributes to support continued learning and career

---

<sup>30</sup> GUTH and ASHFORD, "The Legal Education and Training Review", op. cit., p. 5.

<sup>31</sup> SOLICITORS REGULATION AUTHORITY (2019) "Solicitors Qualifying Examination: What are we trying to do", in: <https://www.sra.org.uk/solicitorexam/> [accessed 24/6/19].

<sup>32</sup> MASON, L. and GUTH, J. (2018) (Guest Editors), "Special Issue: From LETR to SQE: Reforming legal education and training in England and Wales", in *The Law Teacher*, Vol. 52, n° 4, pp. 379-526.

<sup>33</sup> GUTH and ASHFORD, "The Legal Education and Training Review", op. cit., p. 6.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>35</sup> THORNTON, M. "The demise of diversity", op. cit., p. 46.

<sup>36</sup> WHEELER, S. (2013) "Dangerously, Outrageously, Elitist, - A Solution to Law Graduate Unemployment", in *Journal of Law and Society*, Vol 40, n° 4, p. 670.

<sup>37</sup> NICHOLSON, A. (2019) "The value of a law degree", in *The Law Teacher*, DOI: 10.1080/03069400.2019.1633117.

<sup>38</sup> DEPARTMENT FOR EDUCATION (2018) "Review of Post-18 education and Funding: Term of Reference", in: <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-post-18-education-and-funding-terms-of-reference> [accessed 13/8/19].

<sup>39</sup> DEARLOVE, J. (1997) "The Academic Labour Process: From Collegiality and Professionalism to Managerialism and Proletarianisation?", in *Higher Education Review*, Vol 30, n° 1, p. 56.

<sup>40</sup> ILGUNAS, K. (2013) *Walden on Wheels: On the Open Road from Debt to Freedom* (Amazon Publishing), p. 244.

<sup>41</sup> BRADNEY A *Conversations, Choices and Chances*, op. cit., p. 3.

development.<sup>42</sup> A notion of employability that is entrenched and not alien to the aspiration of giving a ‘liberal legal education’ to students.<sup>43</sup>

### 3. The Assignment in Practical Terms.

Before we look at the methodology and consider the analysis of the data from the research into students’ perceptions of the assignment, we thought it would be useful to present an outline on what our project consists on, and some of its practicalities.

#### *The group work and professional writing assignment:*

- The group work starts on the second tutorial (mid-October) of one of the first-year core subject in Law (Introduction to Law and Legal Reasoning) with an unusually large cohort (469 students for the first semester, 429 for the second semester)<sup>44</sup>; students are placed on their existing tutorial groups (which consist of not more than 8 students per tutorial group).

- The broad aim of this group work assignment is for the learners to develop the ability to work effectively as part of a group in researching, analysing and presenting legal information (professionally) in the form of an advice letter to a client (in the subject of Contract Law).

- The assignment consists of:

- o One lecture by Careers Services from the University<sup>45</sup>,
- o One lecture by the Law school staff regarding legal skills, particularly group work and professional writing.
- o A presentation by a top London International Law Firm’s Recruitment Director.
- o One tutorial dedicated to discussing with learners the reasons behind a group work assignment: indications about the importance of group rules and other tips to manage group dynamics. (Group rules need to be submitted together with the professional letter – but are not marked.). In the tutorial there is also discussions around the distinction between academic and professional writing and deliberations around the existence of different audiences for communication. (Information about Contract Law is down to the students to find out – while the material on offer and acceptance is taught at the beginning of Contract Law, our students are not allowed to ask Contract Law’ teachers)

- Students are given the Intended Learning Outcomes (ILOs) for this activity, together with the rest of instructions to complete the task (APPENDIX 1).

- After the lectures, presentation and tutorial, students arrange independently further meetings to complete the group work assignment and write the letter of advice.

- After the submission date, letters are marked following specific assessment criteria created for this task, (APPENDIX 2). The assessment criteria was given to students at the start of this assignment, with the rest of the instructions to complete the activity.

---

<sup>42</sup> UK COMMISSION FOR EMPLOYEMENT AND SKILLS (CES) (closed in March 2017) ‘Employment Skills Project. Review of Evidence on best Practice in Teaching and Assessing Employability Skills’ (2008):

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140108132755/http://www.ukces.org.uk/assets/ukces/docs/publications/employability-skills-project.pdf>, p. 7 [accessed 28<sup>th</sup> September 2017]

<sup>43</sup> RIGG D (2013) ‘Embedding employability in Assessment: Searching for the balance between academic learning and skills development in law: A case study’, in *The Law Teacher*, Vol. 47, n° 3, p. 405.

<sup>44</sup> The rest of the students are part of Forensics and Politics that only take the first semester of this course.

<sup>45</sup> Career Development Service: <https://www2.le.ac.uk/offices/careers-new>

- The group that generates the best letter is sponsored, by the Legal Firm, to an exclusive and tailored open day (including some training) in their offices in London, all inclusive.

The goal with this assignment was to design an activity that would help students interact with skills such as group work and professional writing; and to do this in a way that would be sustainable for all involved, using relatively little resources,<sup>46</sup> and limited class time.<sup>47</sup> This assignment, however, requires lots of preparation and work before hand, by thoroughly communicating and discussing openly with the whole team in charge of this assignment the reasons behind it; and also liaising with Careers Services at the University and with the Employer. These collaboration with different stakeholders is essential for this assignment to work well.<sup>48</sup> Previous studies that have engaged with employability have missed involvement with a real employer.<sup>49</sup> The Employer will bring the industry's view on employability skills, which does not have to be the same one that academics hold. Apart from having external bodies participating to improve this assignment, we have some practical tips more centred on the actual design and running of the activity. Firstly, after years of running this assignment, we believe that the requirement for each tutorial group to draft their own group rules is fundamental for the smooth workings of the group. The rules need to be written before they start working as a team (APPENDIX 1). The rules will help them decide how to communicate between them, how to deal with problems and how they are dividing tasks. Nordberg stated the importance of 'making the groups work well' as the most important on any kind of group work activity.<sup>50</sup> Secondly, while the letter of advice produced by the tutorial group receives feedback; the assessment is formative, this means that the mark received by the group does not count toward the final mark on the subject.<sup>51</sup> Students, therefore are more relaxed as they do not have the pressure of thinking that the work of others will affect their marks, or that other peers will get a good mark without working,<sup>52</sup> as 'free-loaders'.<sup>53</sup> Finally, as explained above the motivation is not coming from an assessed mark,<sup>54</sup> but from the prize offered by the Law firm. The prize is very desirable for all our students and the participation is always extremely high, (60 groups participated out of 62 groups in total), for a formative assessment. Students are aware that Law firms, as the one

---

<sup>46</sup> BERRY, E. (2007) "Group work and assessment-benefit or burden?", in *The Law Teacher*, Vol. 41, n° 1, p. 36.

<sup>47</sup> "It is difficult if we have to take time from input on the subject matter", in SLEAP M and REED H (2006) "Views of sport science graduates regarding work skills developed at University", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 11, n° 1, p. 47.

<sup>48</sup> DONALD, W.E., BARUCH, Y. and ASLEIGH, M. (2019) "The undergraduate self-perception of employability: human capital, careers advice, and career ownership", in *Studies in Higher Education*, Vol 44, n° 4, p. 609.

<sup>49</sup> On their study students missed involvement with industry in SLEAP, M. and REED, H. (2006) "Views of sport science graduates", op. cit., p. 50.

<sup>50</sup> NORDBERG, D. (2008) "Group projects: More learning? Less fair? A conundrum in assessing postgraduate business education", in *Assessment and Evaluation in Higher Education*, Vol. 33, n° 5., p. 491.

<sup>51</sup> Summative assessment count towards the final marks in the subject.

<sup>52</sup> BERGER, D. and WILD, C. (2016) "Enhancing student performance and employability through the use of authentic assessment techniques in extra and co-curricular activities (ECCAs)" (2016) *The Law Teacher* DOI :10/1080/03069400.2016.1201745, p.10.

<sup>53</sup> HALL, D. and BUZWELL, S. (2013) "The Problem of Free-riding in Group Projects: Looking beyond Social Loafing as Reason for Non-Contribution", in *Active Learning in Higher Education*, Vol. 14, n° 1, pp. 37-38.

<sup>54</sup> Which is the common starting point, see PRINCE, S. and DUNNE, E. (1998) "Group development: The integration of skills into law", in *The Law Teacher*, Vol. 32, n° 1, p. 75.

involved in this assignment, are looking for prime access to ‘top talent’ when they sponsor this kind of activities.<sup>55</sup>

#### 4. The Research: Results and Analysis.

Once we have explained the assignment in practical terms, we would like to talk about the research. The main aim was to find out how our student felt about the group work and professional writing assignment. As established before there is a lot of debate around the role of Universities in preparing students for the world of work; we wanted to research the perception our students had on our assignment that introduces them to skills. The main research question to start with was regarding our students’ awareness on the importance of employability skills through this assignment, and their reflections in general about the whole design of the activity. After getting ethic approval we started to collect data for the project. The method used was a qualitative one through interviews in the form of focus groups. Six focus groups (ranging from 4 to 9 students) participated in the conversations extending from 45 to 55 minutes.<sup>56</sup> The interviews were taped and transcribed. The data obtained was used to illustrate and understand at a deeper level what students perceptions were about this assignment. The transcripts were analysed using thematic analysis;<sup>57</sup> specifically, Braun and Clarke thematic analysis.<sup>58</sup> There were limitations to this data, as we have to admit that these focus groups are self-selected, and were formed by students that are motivated in general to participate in this kind of group work activities (as opposed to those not keen on group work). While the themes around employability skills were the main object in conversations, students also commented on subject learning and on the design and timings of the assignment.<sup>59</sup> In sum, we established three general themes: firstly on students’ views on the design of the assignment; secondly, on their awareness regarding employability skills; and finally, on their insights on subject learning.

##### 4.1. Views on the Assignment’s Design.

The focus groups generated free flowing conversations and while there was an interest on their experience with employability skills, we left them talk spontaneously about many things regarding the activity. Many of the comments recorded stated how they felt about the design of the activity, which are helpful in order to reflect and improve this kind of assignments.

Firstly, it was encouraging to record that our students found positive that there was an involvement from a real employer:

---

<sup>55</sup> TEICHLER, U. (2009) “Internationalisation of Higher education: European Experiences”, in *Asian Pacific Education Review*, Vol. 10, nº 1, p. 95.

<sup>56</sup> OMNI (2013) “Toolkit for conducting Focus Groups”: <http://pages.stolaf.edu/2014psych-230/files/2013/08/focusgrouptoolkit.pdf> [accessed 4/7/19];

KRUEGER, R.A. (2002) “Designing and Conducting Focus Group Interviews“: <http://pages.stolaf.edu/2014psych-230/files/2013/08/focusgrouptoolkit.pdf> [accessed 4/7/19].

<sup>57</sup> PRINCE and DUNNE, “Group development”, op. cit., p. 77.

<sup>58</sup> BRAUN, V. and CLARKE, V. (2006) “Using Thematic analysis in Psychology”, in *Qualitative Research in Psychology*, Vol 3, nº 2, pp. 77-101.

<sup>59</sup> REID, N. (2006) “Getting started in Pedagogical Research in the Physical Sciences” (HEA Publication): [https://www.heacademy.ac.uk/system/files/getting\\_started\\_ped\\_research.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/getting_started_ped_research.pdf) [accessed 27/6/19].

STUDENT A: '(Employer) talk was so good, really good tips and made the whole thing so real. I knew then, this is it, I want to do this for a living...I really wanted to win the challenge and go to London for the day'.

Particularly if we consider that the employer's presentation was not timetabled on their schedule; however, the Employer's presentation was highly promoted by tutors and by Careers in lectures and in tutorials.

Another interesting point made by four of the six focus groups on the interviews was to do with the timing of this assignment. In the words of one of the students, this activity was conducted 'too early in year':

STUDENT E: 'We literally just started Uni. We did not know each other. We had to do this on our own and outside tutorial time, it was so hard.'

STUDENT S: 'It was too much, too soon, I thought this is not going to work. I can't believe it worked!'

This nervousness and hesitation down to doing something different is being already recorded in other studies;<sup>60</sup> however, the outcomes from this research did not show any real reason to postpone the date of this activity for future cohorts. Moreover, many studies recommend starting with group work skills as soon as possible in HE.<sup>61</sup> In any case, from our own students' observation we can see the advantages on conducting this activity this early in the year; like helping the tutorial group to bond:

STUDENT S: 'I think our group would be talking about 50% but because of this group work we went up to talking about 95%'.

Another advantage is that they start to develop study skills such as independent research that are crucial for the successful completion of the rest of their Law degree:

STUDENT D: 'We all learnt from an early start where to find the cases and books, I know now where and how to get my information'.

The final point to mention on this section about the design of the assignment, is that of the significance of the tutorial as a teaching tool for this activity. Students unanimously, in all the six focus groups, referred to the one-hour tutorial as the place/time in which they understood the goals and workings of this group activity. They all needed this space to discuss and understand the task ahead. They had already in their possession the instructions and assessment criteria (APPENDIX 1 and APPENDIX 2), plus the information emanating from the lectures and the Employer's talk; but they needed reassurance and the safe place to ask questions as a small group.

STUDENT P: 'I liked the lecture and the talk by Careers but up until we had the tutorial, I think we did not really understand what we needed to do, why we were doing it and how to deal with the group and if we were on the right track'.

---

<sup>60</sup> PRINCE and DUNNE, "Group development", op. cit., p. 68.

<sup>61</sup> TURNER, N.K. (2014) "Development of self-belief for employability in HE: ability, efficacy and control in context", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 19, n° 6, p. 592; HOLMES, L. (2013) "Competing perspectives on graduate employability: possession, position or process?" in *Studies in Higher Education*, Vol. 38, n° 4, p. 538; BOURNER, J., HUGHES, M. and BOURNER (2001) "First-year Undergraduate Experiences of Group Project Work", in *Assessment and Evaluation in H.E.*, Vol. 26, n° 1, p. 21; GARVIN, J. et al. (1995) "Group projects for first-year university students: an evaluation", in *Assessment and Evaluation in H.E.*, Vol. 20, p. 279.

The above data reinforces the idea that preparation and a variety of inputs motivated students to see the whole assignment in a positive light,<sup>62</sup> and helped with the ‘group performance’.<sup>63</sup> According to Gibbs, students understanding the reasons behind groupwork and a proper atmosphere created by the tutors, is the best way to aid with motivation and to avoid problems.<sup>64</sup> After the ideas regarding the practical design of the activity the other two main themes brought into conversation were regarding the two big employability skills and subject knowledge.

## 4.2. Awareness Regarding Employability Skills.

It was expected that one of the main themes emerging from the transcripts would be one concerning group work and professional writing skills. Both skills have been repeatedly drummed into students in this assignment, not only by the academics, but Careers services and the Employer; moreover, these employability skills are visible on the I.L.O.s of this activity. (APPENDIX 1). In Gibbs and Simpson’s study it was stated that the ‘quality of the group product ... may be less important than the qualities of the learning process that created it’;<sup>65</sup> however, it is clear from the students’ responses in the interviews that they have given the process (working as a group) and the product (writing professionally) the same importance.<sup>66</sup>

### 4.2.a) Group Work skills.

There is a rich literature stating the advantages of group work skills; including the enhancement of interpersonal skills;<sup>67</sup> benefits in the students’ learning, such as:<sup>68</sup> encouraging independence from teachers,<sup>69</sup> facilitating the exposure to other ideas or ways of learning by peers<sup>70</sup> and collaborative learning.<sup>71</sup> Our focus groups picked up on all of those gains:

STUDENT E: ‘We all sat together and discuss the points and really figure out what we were going to answer.’

<sup>62</sup> BRAVO, R., LUCIA-PALACIOS, L. and MARTIN, M.J. (2016) “Processes and outcomes in student teamwork. An empirical study in a marketing subject”, in *Studies in Higher Education*, Vol. 41, n° 2, p. 314; RYAN, R.M. and DECI, E.L. (1997) “Self-determination theory and the Facilitation of Intrinsic motivation, social Development and Well-Being”, in *American Psychologist*, Vol. 55, n° 1, p. 68.

<sup>63</sup> KAMAU, C. and SPONG, A. (2015) “A student teamwork induction Protocol”, in *Studies in Higher Education*, Vol. 40, n° 7, p. 1287.

<sup>64</sup> GIBBS, G. (2010) “The Assessment of Group Work: Lessons from the Literature”, in *Assessment Standards Knowledge Exchange*: <https://www.brookes.ac.uk/aske/groupwork-assessment/> [accessed 10/8/19].

<sup>65</sup> GIBBS, G. and SIMPSON, C. (2004), “Conditions Under Which Assessment Supports Students’ Learning”, in *Learning and Teaching in Higher Education*, Vol. 1, n° 1, p. 72.

<sup>66</sup> BOOTHBY, C. and SYLVESTER, C. (2017) “Getting the fish to see the water; an investigation into students’ perceptions of learning writing skills in academic modules and in a final year real client legal clinic module”, in *The Law Teacher*, Vol. 51, n° 2, p. 126.

<sup>67</sup> WATKINS, D. and CANTO-LOPEZ, M. (2015) “Working with law students to develop legal literacy materials”, in *The Law Teacher*, Vol. 50, n° 2, p. 198; MELLO, J.A. (1993) “Improving individual member accountability in small group work settings”, in *Journal of Management education*, Vol. 17, n° 2, p. 253.

<sup>68</sup> PRINCE and DUNNE, “Group development”, op. cit., p. 65.

<sup>69</sup> Ibid., p. 66.

<sup>70</sup> CLARKE, S. and BLISSENDEN, M. (2013) “Assessing student group work: is there a right way to do it?”, in *The Law Teacher*, Vol. 47, n° 3, p. 372.

<sup>71</sup> MARKS, M.B. and O’CONNOR, A.H. (2013) “Understanding Students’ Attitudes About Group Work: What Does This Suggest for Instructors of Business?”, in *Journal of Education for Business*, Vol. 88, p. 147.

STUDENT P: 'It was a positive step towards working together it definitely made us stronger as a group.'

STUDENT F: 'I met people in this group that if I wasn't in it, I would never have met. We phone each other to ask how our essays are going. It's kind of supportive.'

And there was even space to reflect upon what will happened if group activities do not go well<sup>72</sup>:

STUDENT E: 'We were lucky we got along, but I think in some groups people may not get along and they can see that sometimes you need to work with people you do not like. And you have to deal with it and stay professional.'

#### 4.2.b) Professional Writing.

As with group work skills, professional writing is one of the skills employers are expecting graduates will be equipped with.<sup>74</sup> Studies have confirmed that it is better to start with this skill at undergraduate level, as this will ease the transition from academic to practice writing since students will remember previous experiences in writing.<sup>75</sup> Learners will reflect on the need to be more brief and clear if they write to a client, for example.<sup>76</sup> This transition between academic to professional writing and the connections made between different types of audiences, help students in their future careers;<sup>77</sup> as professional writing helps students make connections with what they have learnt 'across contexts',<sup>78</sup> from a theoretical to a more practical context.<sup>79</sup> As a point of contention regarding professional writing, studies advise of the need for employers and academics to adapt to the diversity of student population, and the new types of communication.<sup>80</sup> In any case, our learners participating in the focus group appreciated the opportunity to write 'professionally':

STUDENT L: 'Very original, I really did not expect we were going to write professionally like this in our first year. More to the point, I went to an assessment centre in a Law Firm and apart from me, nobody knew how to write a letter of advice.'

---

<sup>72</sup> WEINSTEING, J. et al. (2013) "Teaching Teamwork to Law Students", in *Journal of Legal Education*, Vol. 63, n° 1, p. 59; BERRY "Group work", op. cit., p. 36.

<sup>73</sup> HANNAFORD, L. (2016) "Motivation in group assessment: a phenomenological approach to post-graduate group assessment", in *Assessment and Evaluation in Higher education*, Vol. 42, n° 5, p. 824; BERRY "Group work", op. cit., pp. 31-32; MUTCH, A. (1998) "Employability or Learning? Groupwork in Higher Education", in *Education and Training*, Vol. 40, n° 2, p. 50.

<sup>74</sup> LILLIS, T. and TURNER, J. (2001) "Student Writing in Higher Education: contemporary confusion, traditional concerns", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 6, n° 1 p. 65.

<sup>75</sup> BOOTHBY, C. and SYLVESTER, C. "Getting the fish", op. cit., pp. 123-137.

<sup>76</sup> MOORE, T. and MORTON, J. (2017) "The myth of job readiness? Written communication, employability, and the 'skill gap' in higher education", in *Studies in Higher Education*, Vol. 42, n° 3, p. 602.

<sup>77</sup> RAI, L. and LILLIS, T. (2013) "Getting it Write' in social work: exploring the value of writing in academia to writing for professional practice", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 18, n° 4, p. 354.

<sup>78</sup> "Graduates are increasingly aware that they need additional skills and attributes for career success" in TYMON, A. "The student perspective on employability", in *Studies in Higher Education*, Vol 38, n° 6, p. 841.

<sup>79</sup> KOWALSKI, T. (2010) "Towards a Pedagogy for Teaching Legal Writing in Law School Clinics", in *Clinical law Review*, Vol. 17, p. 352.

<sup>80</sup> LILLIS and TURNER "Student Writing in HE", op. cit., pp. 65-66.

STUDENT N: ‘If you go into practice or other into other industries, they will expect you to write a letter from day one. And if we did not do this then they can through us on the deep end.’

STUDENT F: ‘It is really good to have a different type of writing, at “Uni” it is all about how to write essays or exams, just what you academics like’.

After presenting the theme on reflections regarding employability skills, the final theme emerging is one concerning subject learning.

### **4.3. Insights into Subject Learning.**

It was positive to record that our learners reflected upon the subject knowledge and not just employability skills, while thinking about this assignment.

STUDENT T: ‘This exercise cleared for me what offer and acceptance ‘really’ means in Contract Law.

Remarkably, a good proportion of the students in the focus groups found the problem stated for this activity (on the fictitious emails between the client and the other party), (APPENDIX 1) too easy:

STUDENT E: ‘It was too easy, I did not find it interesting, maybe if the letter instead of two pages limit could have been five or six pages long.’

It is reassuring to see that the experience of generic employability skills is not eclipsing the ‘curiosity-driven research’ graduates need to have; in any case it is still a scenario in which students still look at the law as it ‘is’ and not as how it ‘ought’ to be.<sup>81</sup> In fact, we wanted them to face a feasible scenario for a very junior member of staff in a Law firm; so the scenario is not going to be too complicated. Another recurrent point extracted from the transcriptions was not on subject learning but how they learn better on the subject. The concept of learning style was quite alien for the focus groups, it almost made them uncomfortable.<sup>82</sup> In any case they were talking about their way of learning during the focus groups:

STUDENT Y: ‘There were points I did not understand and by discussing them in the group, I did.’

STUDENT R: ‘It was god because when you try to explain it, is when you know if you understood the concept, and to put it in simple words in a letter to a client, it was so hard.’

After reviewing the themes emerging, we have some general concluding points regarding this assignment.

### **5. Looking Ahead.**

With the recent increase and importance given in HE to employability and employability skills, many studies have emerged interested on knowing students’

---

<sup>81</sup> TYMON “The student perspective on employability”, op. cit., p. 847.

<sup>82</sup> The discussion of the skills descriptors provided the students with a vocabulary through which to discuss their learning’ in LUCAS, U. et al. (2004) “Who writes this stuff?: Students’ perceptions of their skills development”, in *Teaching in Higher Education*, Vol. 9, nº 1, p. 57; GIBBS and SIMPSON ‘Assessment Support’, op. cit., p. 62; HOLMAN, D. (1995) “The Experience of skill development in first year undergraduates: a comparison of three courses”, in *Assessment and Evaluation in Higher education*, Vol. 20, nº 3, p 265.

perspectives on employability and skills.<sup>83</sup> Our assignment seems to have allowed our students to get a practical experience which they found valuable:

STUDENT S: 'The only way to learn is to do it. And doing this is better than someone just talking about skills that we need.'

The data collected on this study confirms the fact that students value this type of experience.<sup>84</sup> An experience that made them reflect and experience group work and professional writing skills, but also gave them insights into subject learning and how they learn best; finally, their ideas about the design of the assignment help us think as teachers about the value of students' participation in the design of teaching-learning activities.<sup>85</sup> However, there are two points to be made; firstly, we do not pretend that we can generalise the results of this assignment to other groups of students in other institutions with different settings; but we at least hope that the overall satisfaction of students, shown in this particular case, can inspire other colleagues to try something similar projects in their institutions and their subjects, and collect their own data to compare with this study. Secondly, we are very aware of the need to be careful with increasing vocational experiences as part of the curriculum in Universities. It would be a narrow approach towards University education if there was more vocational than liberal elements on a degree. But as we stipulated from the beginning of this study we are set to situate this assignment in a middle ground, and there are plenty of opportunities for our students to experience critical analysis of the law and to write 'academically' about what the law 'ought to be' in the remainder of the Law Degree. We know we cannot produce job ready graduates, it would be impossible to foresee which different professional future our students would pursue and what unique and tailored skills each job organization out there is going to require.<sup>86</sup> The goal now for the future will be to create a similar exercise with group work and professional writing, and involvement of Career services and the Employer on core subjects (as opposed to optional subjects) on years 2 and 3 of the Law Degree;<sup>87</sup> based on the positive insights and learning from the students' responses to this research. In sum, the results of this research take us to recommend this assignment as one that helps students to experience and reflect on employability skills and subject learnings, which will drive them we hope to become better learners, professionals and people.

## 6. Conclusion.

On an environment in which H.E. is being clear about producing graduates with subject knowledge and employable; it is the right time to look at activities that can help equipped students as learners and workers and make them more confident in the process. However, we understand this assignment as part of a liberal law degree, and in no way

---

<sup>83</sup> DONALD, BARUCH and ASLEIGH "The undergraduate self-perception of employability", op. cit., p. 2; SLEAP and REED 'Views of sport science graduates', op. cit., p. 47

<sup>84</sup> MARANVILLE, D. (2001) "Infusing passion and contest into the traditional curriculum through experiential learning", in *Journal of Legal Education*, Vol. 51, n° 1, p. 52.

<sup>85</sup> HEALEY, M., FLINT, A. and HARRINGTON, K. (2014) "Engagement through partnership: students as partners in learning and teaching in higher education" (HEA Publication, July 2014), p. 2: [https://www.heacademy.ac.uk/system/files/resources/engagement\\_through\\_partnership.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/resources/engagement_through_partnership.pdf) [accessed 19/8/19].

<sup>86</sup> MOORE and MORTON "The myth of job readiness?", op. cit., p. 602.

<sup>87</sup> 'The opportunity for more than one attempt is important... There is little point in revealing student's difficulties in managing discussions unless opportunities for improvement are available' in MARTIN D and CAMPBELL, B. (1999) "Managing and Participating in Group Discussion: a micro training approach to the communication skill development of students in HE", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 4, n° 3, p. 327.

trying to tip the balance towards a vocational degree. This study aimed to present a group work assignment that produces a letter of advice to a client. The data collected empirically, out of a large first year Law degree cohort, shows students positive perceptions about this assignment; not only the mechanics of the assignment but what participating in this activity meant for them as students and people. The positive outcome from the research shows an assignment that can be used, modify and compared by other tutors that want to embark into start equipping their learners with employability skills and subject knowledge. Tutors need to be ready to spend time on the preparation of the activity and in collaborating with Careers services in their institutions and Employers out there. In our institutions this assignment is planning to grow into years two and three of the degree, in a bid to help our students to be better professionals and learners for the rest of their lives.

## APPENDIX 1

### Introduction to Law and Legal Reasoning

#### Tutorial 2 – Group Work Assignment

##### Learning Objectives.

This exercise is designed to help you to:

- Develop an understanding of the need for the thorough investigation of all relevant factual and legal issues involved in a research task;
- Develop the ability to undertake systematic and comprehensive legal research;
- Develop the ability to analyse research findings effectively;
- Develop the ability to reference sources in a manner appropriate to the task;
- Develop the ability to work effectively as part of a team in researching, analysing and presenting legal information in a professional way.

##### Assignment.

You are a trainee solicitor at the city law firm Strad, Storey and Catenari LLP. One of the partners, John Betts, has asked you to draft a letter of advice to a client. At the same time, John Betts gave you the email correspondence that gave rise to the issue, and a note, taken from a phone call between John Betts and the client.

You are required to ascertain all the facts and your instructions and draft a letter of advice accordingly. The draft letter is for the partner's approval. The letter should be in an appropriate tone and will be signed by John Betts.

##### Please note the following:

- You are expected to refer to the relevant case law when answering this assignment. You should draw on the law in those cases, being fully aware of any issues of precedent. You may also refer to other sources, if relevant.
- The issues relate to the topic of offer and acceptance, **you need not consider contract terms in any other sense** (i.e. conditions, warranties, unfair terms).
- You will not be provided with email attachments – **all the relevant information you need is contained in the email correspondence and the note of the phone call.**
- You should not use footnotes in a letter but you should acknowledge (in broad terms) where information you give is outside your own common knowledge (e.g. "I have carried out some research and...").
- The letter should be no longer than two sides of A4 in length (minimum font size Times New Roman 11). There is no minimum length.
- Although you are preparing only a draft for the partner's approval at this stage, you are expected to set out the letter correctly and to check grammar and spelling very carefully.
- You are advised to **refer to the assessment criteria** for this assignment prior to commencing work on it (see below).

### Group Rules.

- It is expected that in the course of **tutorial 2** your group will agree and write up its **own group rules** for this assignment.
- These rules should set out **what is expected of group members** and set out a **process for dealing with problems** that arise (e.g. poor or no contribution by member/s of the group).
- There is **no prescribed format** for these rules
- Although they will **not form part of the assessment**, your **group rules need to be submitted with your letter**.

### Note of phone call between StandOut Ltd (George Craske) and John Betts.

July 20th XXXX

StandOut Ltd are a start-up company who manufacture display stands for trade shows etc. Our contact there is George Craske. They want to know where they stand regarding recent correspondence with Digital Forum Ltd. (a digital marketing company), who placed an order for 20 varied sized display stands in time for the industry's major trade show at NEC, Birmingham.

In July, Digital Forum Ltd cancelled half the order (within 20 days of placing the order), but StandOut have already laid out a lot of money on making the 20 stands and want to claim costs. They want to know whether they can do this, given the amount of correspondence about the contract terms.

There is also a dispute about who should pay delivery costs for the remainder of the order.

Secondly, StandOut want to ensure that they contract on their own terms in the future, even when a buyer attempts to incorporate different terms. Advise as to how they can make sure that they do this.

---

### Email Correspondence.

To: John Wilkinson (Digital Forum Ltd.)  
From: George Craske (StandOut Ltd.)  
Date: April 10<sup>th</sup> XXXX 5.45pm

Dear John,

I have pleasure in confirming your order.

Kind regards  
George

---

To: George Craske (StandOut Ltd.)  
From: John Wilkinson (Digital Forum Ltd.)  
Date: April 10<sup>th</sup> XXXX 4pm

Dear Mr Craske,

Thank you very much for your email. We are happy with your quoted price and delivery. Please take this as a formal order. I attach our terms and conditions, please acknowledge by return.

Many thanks  
John

ATTACHMENT: Includes the following terms:

- The price of the order shall include the cost of delivery to Digital Forum Ltd.'s nominated premises.
- The buyers shall be entitled to cancel an order within 20 days of placing the order without incurring any costs.

---

To: John Wilkinson (Digital Forum Ltd.)  
From: George Craske (StandOut Ltd.)  
Date: April 7<sup>th</sup> XXXX

Dear Mr Wilkinson,

Many thanks for your enquiry. Yes we could do this for you and deliver – it all seems pretty standard. I attach our quotation.

I also attach our standard terms and conditions. I would draw your attention to three particular conditions:

- An order cannot be cancelled for any reason without the written consent of StandOut Ltd. In the event of any cancellation, the buyers are required to indemnify StandOut for loss arising from the cancellation.
- The buyers are responsible for delivery costs.
- StandOut Ltd's terms shall prevail in any contract, notwithstanding any attempt by the buyers to impose other and contradictory terms.

We look forward to your response

Kind Regards  
George Craske

ATTACHMENTS

---

To: StandOut Ltd. (George Craske)  
 From: Digital Forum Ltd. (John Wilkinson)  
 Date: April 3rd XXXX

Dear George Craske,

We are a company specialising in digital marketing services. Would you be able to supply us 20 display stands to the attached specifications? We require them for the November show at the NEC.

Please let me know whether you can deliver.

Best wishes  
 John Wilkinson

## APPENDIX 2

### Assessment Criteria.

CRITERIA	First	2.1	2.2	Third	Fail
<b>Research</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Identification of relevant sources</li> <li>Exclusion of irrelevant sources.</li> </ul>	Identifies precisely the relevant case law. The letter excludes completely sources that do not concern the applicable law.	Identifies mostly the relevant case law. The letter mostly excludes case law that is not applicable to this case.	Identifies some of the relevant case law. The letter does not exclude all the case law that is not relevant to the case.	The letter cannot distinguish properly between the case law that is relevant and the one that is not relevant.	The case law used is not relevant for this assignment. The letter uses case-law that is unrelated to the client's question.
<b>Analysis</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Relevant issues identified.</li> <li>Issues with direct relevance to the client's question are discussed and analysed.</li> </ul>	Avoids all irrelevant issues. The analysis is perceptive because considers the impact of the leading case law to the client case and in the context of other identified case-law.	Mostly avoids irrelevant issues. The analysis to the client considers the leading case-law. But some points may not be fully explored and some minor points missing in the overall context of other relevant case-law.	Will use some case law that is not relevant to the question the client raised. The letter will identify the most relevant issues. But it will show more description of case-law that impact on the clients' case.	While there is some mention of the relevant issues, they are not used to answer the client's question. Important issues are not fully explored and there is confusion between relevant/irrelevant issues.	The relevant issues are not identified. The letter does not answer the client's question there is no discussion of relevant issues.
<b>Presentation</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Correct tone and layout of the letter; right salutation and sign off.</li> <li>Grammar and spelling have been considered in the assignment.</li> <li>Sources are acknowledged in the letter.</li> </ul>	Clear, confident and engaging tone. All aspects of the letter set out correctly (faultless salutation and sign off). No grammar or spelling errors. Appropriate acknowledgment of sources in the letter.	Good written communication but the tone needs improvement. Near faultless grammar and spelling. Minimal errors in the set out of the letter; and in salutation and sign-off. May not always acknowledge the sources (case law, book...) in an appropriate manner.	Letter presents a poor structure, too many descriptive statements not evidenced with case-law, wrong tone. Some grammar and spellings errors. Letter not set out correctly, some salutation or sign-off problem. Sometimes not acknowledgment of sources.	Writing style incoherent, difficult to follow the answer to the client, and inappropriate tone. Letter not set out correctly. Grammar and spelling errors. Problems with salutation and sign off. No acknowledgment of sources.	Unsuitable writing style and tone for a professional letter. The letter does not relate to the assignment. Significant amount of grammatical and spelling errors. Letter is not set out properly and choice of salutation and sign off is very wrong. No sources acknowledged.

## Bibliography.

- BARON, P. and CORBIN, L. (2012) "Thinking like a Lawyer, acting like a Professional: Communities of Practice as a means of Challenging Orthodox Legal Education", in *The Law Teacher*, Vol. 46, n° 2, pp. 100-119.
- BERGER, D. and WILD, C. (2016) "Enhancing student performance and employability through the use of authentic assessment techniques in extra and co-curricular activities (ECCAs)", in *The Law Teacher*, DOI: 10/1080/03069400.2016.1201745, p. 10.
- BERRY, E. (2007) "Group work and assessment-benefit or burden?", in *The Law Teacher*, Vol. 41, n° 1, pp. 34-48.
- BOOTHBY, C. and SYLVESTER, C. (2017) "Getting the fish to see the water; an investigation into students' perceptions of learning writing skills in academic modules and in a final year real client legal clinic module", in *The Law Teacher*, Vol. 51, n° 2, pp. 123-137.
- BOURNER, J.; HUGHES, M. and BOURNER (2001) "First-year Undergraduate Experiences of Group Project Work", in *Assessment and Evaluation in H.E*, Vol. 26, n° 1, pp. 19-39.
- BRADNEY, A. (2003) *Conversations, Choices and Chances: The Liberal Law School on the Twenty-First Century*. Oxford, Hart Publishing.
- BRAUN, V. and CLARKE, V. (2006) "Using Thematic analysis in Psychology", in *Qualitative Research in Psychology*, Vol. 3, n° 2, pp. 77-101.
- BRAVO, R.; LUCIA-PALACIOS, L. and MARTIN, M.J. (2016) "Processes and outcomes in student teamwork. An empirical study in a marketing subject", in *Studies in Higher Education*, Vol. 41, n° 2, pp. 302-320.
- BRIGHT, S. (1991) "What, and How, Should We Be Teaching", in *The Law Teacher*, Vol. 25, n° 1, pp. 11-25.
- CANTO-LOPEZ, M. (2018) "New Challenges in the UK Legal Education landscape: TEF, SQE and the Law Teacher", in *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva época)*, n° 18, pp. 11-30.
- CLARK, B. (1998) *Creating entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of transformation* (Oxford: Pergamon Press).
- CLARKE, S. and BLISSENDEN, M. (2013) "Assessing student group work: is there a right way to do it?", in *The Law Teacher*, Vol. 47, n° 3, pp. 368-381.
- CLINEBELL, S.K. and CLINEBELL, J. (2008) "The Tension in Business Education Between Academic Rigor and Real-World Relevance: The Role of Executive Professors", in *Academy of Management Learning & Education*, Vol. 7, n° 1, p. 99.

- COATE, K. et al. (2000) *Academic and Academic related staff, involvement in the Local, regional and National Economy*. London, Association of Law Teachers.
- COLLIER, R. (2005) “The Liberal Law School, the Restructured University and the Paradox of Socio-Legal Studies” (Review Article), in *the Modern Law Review*, Vol. 68, nº 3, pp. 475-494.
- CURRIE, J. and NEWSON, J. (1998) (eds.) *Universities and Globalization* (London, Sage).
- DAGILYTE, E. and COE, P. (2014) “Professionalism in Higher Education: Important not only for Lawyers”, in *The Law Teacher*, Vol. 48, nº 1, pp. 33-50.
- DEARLOVE, J. (1997) “The Academic Labour Process: From Collegiality and Professionalism to Managerialism and Proletarianisation?”, in *Higher Education Review*, Vol. 30, nº 1, pp. 56-75.
- DONALD, W.E.; BARUCH, Y. and ASLEIGH, M. (2019) “The undergraduate self-perception of employability: human capital, careers advice, and career ownership”, in *Studies in Higher Education*, Vol. 44, nº 4, pp. 599-614.
- GARVIN, J. et al. (1995) “Group projects for first-year university students: an evaluation”, in *Assessment and Evaluation in H.E.*, Vol. 20, p. 279.
- GIBBS, G. and SIMPSON, C. (2004) “Conditions under which assessment supports students’ learning”, in *Learning and Teaching in Higher Education* (I), pp. 3-31.
- GULIKES, J.; BASTIANENDS, T. and KIRSHNER, P. (2004) “A five dimensional framework for authentic assessment”, in *Educational Technology Research & Development*, Vol. 52, nº 3, pp. 67-86.
- GUTH, J. and ASHFORD, C. (2014) “The Legal Education and Training Review: Regulating socio-legal and liberal legal education?”, in *The Law Teacher*, Vol. 48, nº 1, pp. 5-19.
- HALL, D. and BUZWELL, S. (2013) “The problem of free-riding in group projects: Looking beyond social loafing as reason for non-contribution”, in *Active Learning in Higher Education*, Vol. 14, nº 1, pp. 37-38.
- HAND, J. and SPARROW, C. (2015) ‘Crumbling, creeping or enduring – the foundations of legal knowledge at a time of training reform’, in *Amicus Curiae*, Vol. winter 2015, nº 104, pp. 10-12.
- HANNAFORD, L. (2016) “Motivation in group assessment: a phenomenological approach to post-graduate group assessment”, in *Assessment and Evaluation in Higher education*, Vol. 42, nº 5, pp. 823-836.
- HOLMAN, D. (1995) “The Experience of skill development in first year undergraduates: a comparison of three courses”, in *Assessment and Evaluation in Higher education*, Vol. 20, nº 3, pp. 261-272.

- HOLMES, L. (2013) "Competing perspectives on graduate employability: possession, position or process?", in *Studies in Higher Education*, Vol. 38, n° 4, pp. 538-554.
  
- ILGUNAS, K. (2013) *Walden on Wheels: On the Open Road from Debt to Freedom*. Amazon Publishing.
  
- JACKSON, D. (2015) "Employability skill development in work-integrated learning: Barriers and best practice", in *Studies in Higher Education*, Vol. 40, n° 2, pp. 350-367.
  
- KAMAU, C. and SPONG, A. (2015) "A student teamwork induction Protocol", in *Studies in Higher Education*, Vol. 40, n° 7, pp. 1273-1290.
  
- KNIGHT, P.T. (2001) "Employability and Quality", Editorial in *Quality in Higher education*, Vol. 7, n° 2, pp. 93-95.
  
- KOWALSKI, T. (2010) "Towards a pedagogy for teaching legal writing in Law School Clinics", in *Clinical law Review*, Vol. 17, pp. 285-388.
  
- LEONARD, D. (2000), "Transforming doctoral studies: competencies and artistry", in *Higher Education in Europe*, Vol. 25, n° 2, pp. 181-192.
  
- LILLIS, T. and TURNER, J. (2001) "Student Writing in Higher Education: contemporary confusion, traditional concerns", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 6, n° 1, pp. 57-68.
  
- LUCAS, U. et al. (2004) "Who writes this stuff? Students' perceptions of their skills development", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 9, n° 1, p. 57.
  
- MARANVILLE, D. (2001) "Infusing passion and contest into the traditional curriculum through experiential learning", in *Journal of Legal Education*, Vol. 51, n°1, pp. 51-74.
  
- MARKS, M.B. and O'CONNOR, A.H. (2013) "Understanding students' attitudes about group work: What does this suggest for instructors of business?", in *Journal of Education for Business*, Vol. 88, pp. 147-158.
  
- MARTIN, D. and CAMPBELL, B. (1999) "Managing and participating in group discussion: a micro training approach to the communication skill development of students in HE", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 4, n° 3, pp. 327-337.
  
- MASON, L. and GUTH, J. (2018) (Guest Editors), "Special Issue: From LETR to SQE: Reforming legal education and training in England and Wales", in *The Law Teacher*, Vol. 52, n° 4, pp. 379-526.
  
- MAYSON, S.W. (1992) "The future of the Legal Profession", in *Nottingham Law Journal*, Vol. 1, p. 8.

- MELLO, J.A. (1993) “Improving individual member accountability in small group work settings”, in *Journal of Management education*, Vol. 17, n°2, pp. 253-259.
- MORLEY, L. (2001) ‘Producing new workers: Quality, equality and employability in Higher Education’, in *Quality in Higher Education*, Vol. 7, n° 2, pp. 131-138.
- MOORE, T. and MORTON, J. (2017) “The myth of job readiness? Written communication, employability, and the ‘skill gap’ in higher education”, in *Studies in Higher Education*, Vol. 42, n° 3, pp. 591-609.
- MUTCH, A. (1998) “Employability or Learning? Groupwork in Higher Education”, in *Education and Training*, Vol. 40, n° 2, pp. 50-56.
- NICHOLSON, A. (2019) “The value of a law degree”, in *The Law Teacher*. DOI: 10.1080/03069400.2019.1633117.
- NORDBERG, D. (2008) “Group projects: More learning? Less fair? A conundrum in assessing postgraduate business education”, in *Assessment and Evaluation in Higher Education*, Vol. 33, n° 5, p. 491.
- PARKER, M. and JARY, D. (1995), “The McUniversity: Organisation, management and Academic Subjectivity”, in *Organization*, Vol. 1, pp. 319-338.
- PRINCE, S. and DUNNE, E. (1998) “Group development: The integration of skills into law”, in *The Law Teacher*, Vol. 32, n° 1, pp. 62-77.
- RAI, L. and LILLIS, T. (2013) “Getting it write’ in social work: exploring the value of writing in academia to writing for professional practice”, in *Teaching in Higher Education*, Vol. 18, n° 4, pp. 352-364.
- RIGG, D. (2013) “Embedding employability in assessment: Searching for the balance between academic learning and skills development in law: A case study”, in *The Law Teacher*, Vol. 47 n° 3, pp. 404-420.
- RYAN, R.M. and DECI, E.L. (1997) “Self-determination theory and the facilitation of intrinsic motivation, social development and well-being”, in *American Psychologist*, Vol. 55, n° 1, pp. 68-78.
- SLAUGHER, S. and LESLIE, L. (1997) *Academic Capitalism: Politics, Policies, and the Entrepreneurial University*. Baltimore, John Hopkins University Press.
- SLEAP, M. and REED, H. (2006) “View of sport science graduates regarding work skills developed at University”, in *Teaching in Higher Education*, Vol. 11, n° 1, p. 47.
- SYMES, C. and MCINTRYRE (2000), *Working Knowledge: the New Vocationalism and Higher Education*. Buckingham, Open University Press.
- TEICHLER, U. (2009) “Internationalisation of Higher education: European experiences”, in *Asian Pacific Education Review*, Vol. 10, n° 1, pp. 93-106.

- THOMASSER, C. and LAPERRIERE, R. (1999) "Faculties under influence: the infeudation of law schools to the legal professions", in F. Cownie (ed.) *The Law School – Global Issues, Local Questions*. Routledge.
- THORNTON, M. (2001) "The demise of diversity in legal education: Globalisation and the new knowledge economy", in *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 8, p. 37.
- TOMLINSON, M. (2018) "Conceptions of the Value of Higher Education in a Measured Market", in *Higher Education*, Vol. 75, pp. 711-727.
- TODDINGTON, S. (1994) "Skills, Quality and the Ideologies of Managerialism", in *The Law Teacher*, Vol. 28, n° 3, pp. 243-257.
- TURNER, J., BONE, A. and ASHTON, J. (2016) "Reasons why law students should have access to learning law through a skills-based approach", in *The Law Teacher*, Vol. 52, n° 1, pp. 1-16.
- TURNER, N.K. (2014) "Development of self-belief for employability in HE: ability, efficacy and control in context", in *Teaching in Higher Education*, Vol. 19, n° 6, pp. 592-602.
- TYMON, A. "The student perspective on employability", in *Studies in Higher Education*, Vol. 38, n° 6, pp. 841-856.
- WATKINS, D. and CANTO-LOPEZ, M. (2015) "Working with law students to develop legal literacy materials", in *The Law Teacher*, Vol. 50, n° 2, pp. 195-208.
- WEINSTEING, J. et al. (2013) "Teaching Teamwork to Law Students", in *Journal of Legal Education*, Vol. 63, n° 1, pp. 36-64.
- WHEELER, S. (2013) "Dangerously, Outrageously, Elitist, - A Solution to Law Graduate Unemployment", in *Journal of Law and Society*, Vol. 40, n° 4, p. 670.
- WILLIAMS, G. (2003) *The Enterprising University: Reform, Excellence and Equity*. Buckingham: SRHE/Open University Press.

### Recursos en Red.

- CBI/Pearson Education and Skill Survey (2016), The Right Combination [on line]: <http://www.cbi.org.uk/cbi-prod/assets/File/pdf/cbi-education-and-skills-survey2016.pdf>
- DEPARTMENT FOR EDUCATION (2018) "Review of Post-18 education and Funding: Term of Reference" [on line]: <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-post-18-education-and-funding-terms-of-reference>

- GIBBS, G. (2010) “The Assessment of Group Work: Lessons from the Literature”, Assessment Standards Knowledge Exchange [on line]:  
<https://www.brookes.ac.uk/aske/groupwork-assessment/>
  
- HEALEY, M.; FLINT, A. and HARRINGTON, K. (2014), “Engagement through partnership: students as partners in learning and teaching in higher education” (HEA Publication, July 2014) [on line]:  
[https://www.heacademy.ac.uk/system/files/resources/engagement\\_through\\_partnership.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/resources/engagement_through_partnership.pdf)
  
- KRUEGER, R.A. (2002) “Designing and Conducting Focus Group Interviews“ [on line]:  
<http://pages.stolaf.edu/2014psych-230/files/2013/08/focusgrouptoolkit.pdf>
  
- OMNI (2013) “Toolkit for conducting Focus Groups” [on line]:  
<http://pages.stolaf.edu/2014psych-230/files/2013/08/focusgrouptoolkit.pdf>
  
- PEGG, A. et al. (2012) Pegg et al, “Pedagogy for employability” HEA 2012 [on line]:  
[https://www.heacademy.ac.uk/system/files/pedagogy\\_for\\_employability\\_update\\_2012.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/pedagogy_for_employability_update_2012.pdf)
  
- QQA- A law student’s skills and qualities of mind’ in QAA Benchmark for Law [on line]:  
<http://www.qaa.ac.uk/en/Publications/Documents/SBS-Law-15.pdf>
  
- REID, N. (2006) “Getting started in Pedagogical Research in the Physical Sciences” (HEA Publication) [on line]:  
[https://www.heacademy.ac.uk/system/files/getting\\_started\\_ped\\_research.pdf](https://www.heacademy.ac.uk/system/files/getting_started_ped_research.pdf)
  
- TROSTEL, P. (2015) “It’s Not Just the Money: The Benefits of College education to Individual and to Society” (Lumina Issue Papers, 2015) [on line]:  
<https://www.luminafoundation.org/files/resources/its-not-just-the-money.pdf>
  
- UK COMMISSION FOR EMPLOYMENT AND SKILLS (CES) (2008) “Employment Skills Project. Review of Evidence on best Practice in Teaching and Assessing Employability Skills”) [on line]:  
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140108132755/http://www.ukces.org.uk/assets/ukces/docs/publications/employability-skills-project.pdf>
  
- UKES 2016 – undergraduates engaged on their courses but only half feel equipped for the world of work, HEA (3RD November, 2016) [on line]:  
<https://www.heacademy.ac.uk/institutions/surveys/uk-engagement-survey-2016#section-2>



## LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN, SUS LÍMITES Y CONSECUENCIAS PARA LA INVESTIGACIÓN

Methods of legal interpretation, their limits and consequences for the research

Véronique Champeil-Desplats  
Profesora de Derecho Público  
Universidad de Paris Nanterre

---

### RESUMEN

La interpretación jurídica consiste en dar sentido a los enunciados que componen los textos legales. Los juristas han intentado desde hace mucho tiempo identificar métodos de interpretación adecuados para aclarar y fijar el sentido de los enunciados jurídicos. Sin embargo, cada uno presenta sus propios presupuestos, obstáculos y limitaciones. Después de haberlos identificado, subrayaremos las consecuencias que resultan para la investigación jurídica.

### PALABRAS CLAVE

Interpretación jurídica, textos legales, métodos de interpretación, investigación jurídica.

### ABSTRACT

The function of legal interpretation is to make sense of propositions written on legal texts. Since a long time, lawyers and academics tried to define pertinent methods in order to make clear and to determine the sense of legal propositions. Each method has their own presumptions but also limits. After the identification of them, it will be suggested the consequences for the legal research.

### KEYWORDS

Legal interpretation, legal texts, methods of interpretation, legal research.

**Sumario:** 1. La búsqueda de sentido a partir de la intención del autor: interés y límites. 1.1. Presentación y usos. a) Usos por los intérpretes auténticos. b) Usos por la dogmática jurídica. 1.2. Límites. 1.3. Consecuencias metodológicas para la investigación. 2. La búsqueda de sentido a partir de los propios textos. 2.1. Presentación y variantes. a) La interpretación literal. b) La interpretación sistémica. 2.2. Límites y dificultades. 2.3. Consecuencias metodológicas para la investigación. 3. La búsqueda de sentido a partir de la función y la finalidad del texto. 3.1. Presentación y usos. 3.2. Límites y consecuencias metodológicas para la investigación. 4. ¿Remitirse al significado conferido por los jueces?. 4.1. Variante n°1: “la verdad sale de la boca de los jueces”. a) Presupuestos. b) Consecuencias para la investigación. 4.2. Variante n°2: La pluralidad de las interpretaciones posibles, Hermes versus. Hércules. a) Presupuestos. b) Consecuencias metodológicas para la investigación. Bibliografía.

La interpretación jurídica consiste en dar sentido a enunciados que componen los textos legales. Durante mucho tiempo, especialmente en Francia, se consideró que la interpretación sólo comenzaba cuando el texto dejaba de ser claro: *in claris non fit interpretatio*. Cabe recordar la famosa fórmula de Portalis pronunciada durante el discurso preliminar del Código Civil: “Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, hay que profundizar en las disposiciones”<sup>1</sup>. Numerosos son entonces los autores, pero también los jueces, que han establecido esta concepción como un verdadero dogma:

“cualquier búsqueda de la voluntad del legislador a través de la interpretación está prohibida al juez, cuando el sentido de la ley, tal como resulta de su redacción, no es oscuro ni ambiguo, por lo que debe considerarse cierto; sólo habría una excepción si la aplicación del texto diera lugar a algún absurdo”<sup>2</sup>.

Esta idea de que cuando los textos legales son claros, los jueces simplemente los aplican sin interpretarlos, se manifiesta en las decisiones jurisdiccionales por una total falta de explicación del sentido de los enunciados que les sirven de fundamento. Los jueces simplemente los citan y sacan de ellos una conclusión que se supone que es lógica o, que resulta de manera evidente de los textos. Sólo entonces se menciona la existencia de un “sentido del texto”, como si tuviera un sentido intrínsecamente autoimpuesto: “en el sentido del preámbulo de la Constitución de 1946”<sup>3</sup>, “en el sentido del artículo 17 de la Declaración de 1789”<sup>4</sup>, “en el sentido del apartado 2 del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”<sup>5</sup>.

La interpretación se concibe en este contexto como una operación intelectual complementaria o supletoria que sólo tiene lugar en el caso de que el texto parezca oscuro

<sup>1</sup> J. E. M. Portalis, "Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement", [en línea], disponible en:

[http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/)

portalis/discours\_1er\_code\_civil/discours\_1er\_code\_civil.pdf, p. 22. Véase B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridiques*, París-Bruselas, LGDJ-Bruylant, 2ª edición, 2007.

<sup>2</sup> Tribunal de la Seine, 24 de abril de 1952, *Sem. Jur.* 2; Crime, 24 de diciembre de 1909, *S.* 1910, 1, 411, citado en H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1., *op. cit.*, pp. 127 y 131.

<sup>3</sup> Decisión n° 79-107 DC, de 12 de julio de 1979, *párr.* 31.

<sup>4</sup> Decisión n° 81-132 DC de 16 de enero de 1982, *Rec.* 18.

<sup>5</sup> CEDH, 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia*, solicitud n°11801/8 (§27).

para el lector. Y, en este caso, la interpretación debe consistir en restaurar el verdadero sentido del texto: es un acto de conocimiento y reconstitución del sentido, y no un acto de voluntad o creación de sentido. Como dijo Charles Demolombe, a instancia de sus discípulos de la Escuela de la Exégesis: “Interpretar es descubrir, aclarar el sentido exacto y verdadero de la ley. No se trata de cambiar, modificar, innovar; se trata de declarar, se trata de reconocer”<sup>6</sup>.

Esta concepción no ha desaparecido completamente hoy en día. Sin embargo, se puso en duda al menos desde Savigny. Una de las principales aportaciones del autor en el campo de la interpretación es haber establecido que la interpretación no se limita a los textos oscuros, porque para saber si un texto es claro u oscuro, es necesario haberlo interpretado previamente: “el concepto de ley oscura es muy fluido”<sup>7</sup>, subrayaba Savigny. La interpretación es, por tanto, “una actividad esencial para cualquier aplicación de la ley a la vida real”<sup>8</sup>. Para Savigny, es similar a una “reconstrucción” del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley<sup>9</sup>. La interpretación es, por lo tanto, una operación intelectual necesaria a todos los niveles del razonamiento que sea, al nivel jurídico, para “aplicar” los textos jurídicos o, al nivel meta-jurídico, para explicarlos.

Está claro que la interpretación jurídica va más allá de las cuestiones metodológicas. Es la fuente de muchas controversias que se cruzan con la teoría general del Derecho, en particular en lo que se refiere a su estatus (acto de conocimiento o acto de voluntad), el alcance de la libertad del intérprete (¿apreciación limitada, discrecional o arbitraria?), los factores que llevan a los jueces a interpretar de tal manera (fuerza intrínseca del texto, convicciones morales o políticas, ¿composición de su desayuno...?), o las ideologías de interpretación (¿ideología dinámica que persigue un ideal de justicia o ideología estática que favorece la coherencia lógica del sistema...?)<sup>10</sup>. No obstante, desde hace mucho tiempo se han establecido vínculos estrechos entre la metodología y la interpretación jurídica. En Alemania, en particular, al menos desde Savigny<sup>11</sup>, las cuestiones interpretativas han ocupado tradicionalmente un lugar destacado entre los libros sobre metodología jurídica<sup>12</sup>. También hay que recordar que en Francia, el punto de inflexión metodológico más importante a finales del siglo XIX fue el libro *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de François Gény. Del mismo modo, la renovación de la ciencia jurídica en los Estados Unidos a principios del siglo XX se centró en la cuestión de los métodos de interpretación del texto constitucional: ¿cómo es, será o se debe interpretar la Constitución?

Los juristas por lo tanto han intentado responder a estas preguntas identificando “métodos” de interpretación. Sin embargo, por un lado, la designación de dichos “métodos” no se ha estabilizado: lo que a menudo se denomina “métodos” también puede denominarse “cánones”, “directrices”, “reglas”, “técnicas” o “argumentos interpretativos”<sup>13</sup>. Por otro lado, la identificación y presentación que los autores pueden proponer como métodos de interpretación son heterogéneos. A veces se distinguen tres

<sup>6</sup> C. Demolomb, *Cours de Code Napoléon*, París, Durand, 1845, t. 1, p. 135.

<sup>7</sup> F. C. Von Savigny, *Juristische Methodenlehre* (1802-1803), Stuttgart, K.F. Koehler Verlag, 1951; trad. espagnole, *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 14.

<sup>8</sup> A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, p. 110.

<sup>9</sup> F. C. Von Savigny, *op. cit.*, p. 14.

<sup>10</sup> J. Wroblewski, «L'interprétation en droit : théorie et idéologie», *APD*, 1972, pp. 63 y ss.

<sup>11</sup> F. C. Von Savigny, *op. cit.*, p. 14.

<sup>12</sup> F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.* p. 41; véase también K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*

<sup>13</sup> P. Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 67.

tipos de métodos. Estos también se designan y delimitan de manera variable: algunos contrastan los métodos “lógicos”, “gramaticales” e “históricos”<sup>14</sup>; otros los métodos “genéticos”, “literales” y “sociológicos” y, otros aun, los métodos “genéticos”, “sistémicos”, “teleológicos”. A veces los autores también aíslan cuatro tipos de métodos, por ejemplo, “genéticos”, “literales”, “sistémicos”, “teleológicos”<sup>15</sup>...

A fin de poner en evidencia la pluralidad de argumentos que pueden utilizarse para justificar el sentido que se da a los enunciados jurídicos, tanto por parte de los intérpretes autorizados a producir normas jurídicas (nivel jurídico) como por parte de quienes analizan los textos (nivel metajurídico), presentaremos métodos a partir de los “lugares” o “contextos” desde los cuales se busca este sentido. El significado de los enunciados puede establecerse y justificarse, en primer lugar, considerando la intención de su autor (1), en segundo lugar, leyendo los propios textos jurídicos (2), en tercer lugar, determinando su función o utilidad (3) y, por último, en cuarto lugar, mediante la interpretación dada por las propias autoridades normativas (4). Cada una de estas modalidades para determinar el significado presenta sus presupuestos, obstáculos y limitaciones. Se establecerá cada vez las consecuencias que resultan para los métodos de investigación.

## 1. La búsqueda de sentido a partir de la intención del autor: interés y límites.

### 1.1. Presentación y usos.

La búsqueda de la intención del autor del texto, a veces llamada “método genético” u “originalista”, presupone que el verdadero significado del texto es el que el autor pretendía darle en el momento de su redacción. El trabajo del intérprete es entonces similar a la de un “historiador o arqueólogo que salió en busca de un pensamiento antiguo cuyo texto habría conservado el rastro”<sup>16</sup>. Corresponde entonces al jurista hacer una lectura atenta de los trabajos preparatorios y de los debates que precedieron a la adopción del texto.

Los intérpretes pueden entonces apoyarse, si es que existen, en la definición o las explicaciones dadas por los autores de un enunciado dado. De lo contrario, la intención de los autores podrá ser reconstruida utilizando una interpretación global o sistémica de los trabajos y de los debates preparatorios. En este caso, la *ratio legis* o la función del enunciado jurídico resulta a partir del “espíritu general” de esos trabajos y debate.

#### a) Usos por los intérpretes auténticos.

Por parte de los intérpretes auténticos, y en primer lugar los jueces, la apelación al autor del texto también parecía ser el primer reflejo interpretativo, aunque este reflejo sólo se activara por “excepción”, es decir, cuando el “significado de la ley” ya no parecía claro o cuando su aplicación literal habría resultado en “cierta absurdidad”<sup>17</sup>. Hoy en día,

<sup>14</sup> F. C. Von Savigny, *op. cit.* p. 13.

<sup>15</sup> Véase D. Neil Mc Cormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting statutes, a comparative study*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991; J. Wroblewski, “Interpretation juridique”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, París, LGDJ, 1988, pág. 200; *The Judicial Application of Law, op. cit.*, págs. 87 a 130; C. Stamatis, *Argumenter en droit*, París, Publisud, 1995, págs. 187 y ss.

<sup>16</sup> P.-A. Côté, «L'interprétation de la loi. Une création sujette à contrainte», en D. Bourcier y P. Mackay (eds.), *Lire le droit. Lengua, texto, cognición, Derecho y sociedad*, LGDJ, 1992, p. 135 y siguientes; véase también B. Frydman, «La Naissance de l'Auteur: Origines Politique et Juridique d'un Concept Littéraire», *International Journal for the Semiotics of Law*, 2012, n° 25, pp. 1-10.

<sup>17</sup> Tribunal de la Seine, 24 de abril de 1952, *Sem. Jur.* 1952, II, 7108; véase también, Civ. 22 de noviembre de 1933, D.H., 1933.2; Crim. 24 de diciembre de 1909, S. 1910, 1, 411.

la referencia a la intención del autor es frecuente, pero a menudo se combina con soporte en el supuesto significado literal del texto. Por ejemplo, para el Consejo de Estado francés:

“se desprende de las disposiciones del nuevo Código Penal claramente, a la luz de sus trabajos preparatorios, que el legislador tenía la intención de limitar el número de penas de carácter accesorio o complementarias cuya intervención debía resultar de la aplicación de la pena principal”<sup>18</sup>.

El Consejo Constitucional tampoco duda en referirse a la intención del legislador, como autor del texto cuya constitucionalidad examina:

“Considerando que de los trabajos preparatorios de la ley presentados al Consejo Constitucional para su examen se desprende que el legislador tenía la intención de basar las nacionalizaciones realizadas por dicha ley en el hecho de que tales nacionalizaciones serían necesarias para dotar a las autoridades públicas de los medios necesarios para hacer frente a la crisis económica, promover el crecimiento y luchar contra el desempleo (...).”<sup>19</sup>.

Por otra parte, el apoyo explícito del Consejo constitucional a la intención de los constituyentes es menos común, aunque no sea inexistente:

“Considerando que, según el séptimo párrafo del Preámbulo de 1946: ‘El derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo regulan’; que, al promulgar esta disposición, los constituyentes pretendían indicar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional, pero que tiene límites que han facultado al legislador para establecerlos mediante el equilibrio necesario entre la defensa de los intereses profesionales, de los que la huelga es un medio, y la protección del interés general al que la huelga puede ser susceptible de socavar”<sup>20</sup>.

#### *b) Usos por la dogmática jurídica.*

Al nivel académico, la búsqueda de la intención del autor del texto es a menudo (más no exclusivamente) privilegiada, en los momentos inmediatamente posteriores a la adopción de los textos, ya sean constituciones, códigos, leyes, convenios internacionales o diversos actos administrativos. En Estados Unidos, por ejemplo, el llamado método “originalista”, que exige que el texto constitucional se interprete de acuerdo con la intención de los “padres fundadores”, fue, hasta finales del siglo XIX, “el único (...) aceptado durante la interpretación constitucional”<sup>21</sup>, y hoy en día sigue siendo defendido por jueces, en su mayoría ideológicamente conservadores<sup>22</sup>. En Francia, la búsqueda de la intención del autor fue especialmente recomendada por la Escuela de la Exegesis tras la adopción del Código Civil. En caso de oscuridad en el texto, “el primer reflejo”<sup>23</sup> debería ser la referencia a los codificadores, lo que queda ilustrado por las “frecuentes llamadas a los *trabajos preparatorios del Código Civil*”<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Conseil d’Etat, 4 de julio de 2003, *Papon*, n° 24349.

<sup>19</sup> Decisión n° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, *párr.* 18.

<sup>20</sup> Decisión n° 2007-556 DC, de 16 de agosto de 2007, *Rec.* 319/.

<sup>21</sup> A. Vlachogiannis, *Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, Thèse Panthéon-Assas, 2011, p. 30.

<sup>22</sup> A. Scalia, A. Gutmann, Amy (ed), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1997.

<sup>23</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit civil*, Paris, Litec, 1996, 4<sup>o</sup> éd., p. 116.

<sup>24</sup> H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1963, 3<sup>o</sup> éd. p. 122.

## 1.2. Límites.

La búsqueda de la intención del autor ha sido durante mucho tiempo objeto de muchas críticas. En Francia, François Géný ya señalaba, a finales del siglo XIX, que “por necesidad”, la búsqueda de la intención del autor llevó al intérprete a sustituir a la que supuestamente representaba<sup>25</sup>. Esto es lo que más tarde pondrá en primer plano a la hermenéutica contemporánea de manera más general, al insistir en que el significado del texto escapa a su autor y que está sujeto a una reconstrucción permanente por parte de sus intérpretes. Como explica elocuentemente Umberto Eco:

“Un texto, una vez separado de su transmisor y de las circunstancias concretas de su emisión, flota en el vacío de un espacio potencialmente infinito de posibles interpretaciones. Por lo tanto, ningún texto puede ser interpretado según la utopía de un significado definido, original y final autorizado. El lenguaje siempre dice algo más que su inaccesible significado literal, que ya se pierde al principio del texto difundido”<sup>26</sup>.

En el caso de los trabajos preparatorios de textos jurídicos, la búsqueda de la intención del autor se enfrenta a otras dificultades particulares. En primer lugar, para que exista una intención del “autor”, debe ser posible identificarlo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los textos jurídicos son el resultado de varios proyectos sucesivos (anteproyectos, proyectos, enmiendas...). Entonces es necesario determinar quién puede ser considerado el verdadero autor. Entonces, y en consecuencia, también debe ser posible identificar la “intención”. Sin embargo, la pluralidad de los posibles autores también va acompañada de una pluralidad de intenciones, suponiendo que estén claramente expresadas y que no haya intenciones ocultas en particular. En caso de pluralidad de intenciones, ¿cuál de ellas debe considerarse la verdadera? La búsqueda de la intención del autor es finalmente criticada por la ideología jurídica que transmite. Tiende a perpetuar en el mundo actual la voluntad de los hombres que hace tiempo que desaparecieron<sup>27</sup>, una voluntad que ya no se adapta necesariamente al mundo contemporáneo.

## 1.3. Consecuencias metodológicas para la investigación.

La búsqueda de la intención de los autores de un texto puede seguir siendo relevante en el contexto de un análisis histórico de las ideas políticas o de la formación de conceptos jurídicos. Sin embargo, hay que no presuponer que “esta intención” es única y claramente expresada. Las intenciones pueden ser plurales, antagonistas, oscuras. Ponerlo a la luz forma parte de un trabajo de análisis crítico del derecho.

Además, suponiendo que está identificada, la intención de los autores proporciona sólo uno o algunos de los posibles sentidos de las declaraciones legales. No puede pretender ofrecer el único “jurídicamente” posible o verdadero sentido de los enunciados de los textos fuentes del derecho.

<sup>25</sup> F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1919, 2ª ed., t. 1, n° 33, pp. 66-67.

<sup>26</sup> U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 8; véase también P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'hermeneutique II*, Paris, Seuil, 1986, p. 187.

<sup>27</sup> Véase, en particular, M. Troper, «La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse», *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 85.

## 2. La búsqueda de sentido a partir de los propios textos.

### 2.1. Presentación y variantes.

La búsqueda de la significación de los enunciados jurídicos puede ser realizada a partir de los mismos textos jurídicos en dos principales direcciones: una interpretación literal y una interpretación sistémica.

#### a) *La interpretación literal.*

La interpretación literal se califica de forma variable como lingüística, semántica o sintáctica. Consiste en determinar el significado de un texto o declaración considerando sus propiedades léxicas. Se puede hacer en un sentido estricto o amplio.

En sentido estricto, la búsqueda del sentido literal del texto presupone que el enunciado sólo tiene un verdadero significado que debe ser restaurado. Por lo tanto, está impulsada por la convicción de que un texto tiene un significado intrínseco que el intérprete puede encontrar a pesar de sus posibles oscuridades. Una vez reconstituido, este significado permite comprender los textos jurídicos de forma semánticamente correcta<sup>28</sup>. Se supone entonces que la “letra” del texto puede reconstruirse abriendo un diccionario ordinario de la lengua francesa o, si es necesario, un diccionario especializado en derecho, que puede basarse en la etimología de las palabras, utilizando reglas gramaticales o sintácticas clásicas, centrándose en el modo de conjugación y en el tiempo de los verbos...

En un sentido amplio, la interpretación literal toma en consideración la posible indeterminación o polisemia de los enunciados utilizados en el vocabulario jurídico. El enfoque no consiste entonces en buscar un único y verdadero significado de los enunciados, sino en determinar varios compatibles. Se trata entonces de considerar, como H. L. Hart, que los términos utilizados en los textos jurídicos tienen una “textura abierta” pero un “núcleo duro” de significado<sup>29</sup>. Del mismo modo, también puede aceptarse, desde una perspectiva sugerida por Kelsen, que la interpretación consiste en determinar “un marco” de posibles significados<sup>30</sup>. El marco de las posibles interpretaciones es entonces un conjunto de significados convencionalmente admisibles para un enunciado en un momento dado. Como lo explica Riccardo Guastini, esta elegibilidad se basa en el respeto de ciertas reglas gramaticales, lógicas y sintácticas y en la integración de los significados propuestos (aunque presenten contradicciones entre ellos) en la imaginación de los especialistas en la materia<sup>31</sup>.

#### b) *La interpretación sistémica.*

La interpretación sistémica busca el significado de un enunciado sustituyéndolo en el texto global al que pertenece (una ley, un código, una constitución, una convención internacional), dentro de un conjunto de otros textos (consideración de varias leyes, varias convenciones internacionales...), o dentro de todo el ordenamiento jurídico. El significado de los enunciados se determina entonces “a la luz” de los demás. Se supone que todos deben formar un todo completo, armonioso y coherente -un sistema- y esclarecerse mutuamente<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> U. Éco, *op. cit.*, p. 38.

<sup>29</sup> H. L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, págs. 155 y siguientes; véase también B. S. Jackson, «Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotiques», *APD*, 1989, p. 24.

<sup>30</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 456.

<sup>31</sup> R. Guastini, «Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle», *Droits*, 2003, n° 37, p. 115.

<sup>32</sup> Véase J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, págs. 254 y ss.

Una de las primeras construcciones modernas de un método sistémico de interpretación se encuentra en la obra de Savigny. El enfoque sistémico está pensado tanto desde el punto de vista sincrónico como diacrónico. Frente a los exégetas franceses que se apoyaron en la intención de los autores del Código Civil, Savigny considera que toda evocación del pensamiento del legislador es una reconstrucción artificial<sup>33</sup>. Si el rol del intérprete es reconstruir el significado de un texto, lo que debe reconstruir es “el pensamiento inherente a la ley”<sup>34</sup>. Y para ello, debe considerar conjuntamente tres dimensiones, a saber, las dimensiones “lógicas, gramaticales e históricas”<sup>35</sup>. Para Savigny, “la parte lógica (...) consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación entre sus partes”. Es también, según el autor, una “presentación genética del pensamiento de la ley”. La parte gramatical se presenta sucintamente como una condición necesaria de la lógica. La parte histórica tiene en cuenta que “la ley se da en un momento dado a un pueblo dado”. Es entonces, para el autor, necesario “conocer estas condiciones históricas” así como el “momento en que la ley existe” para poder captar sus pensamientos<sup>36</sup>. Pero lo importante está ahí: estas tres dimensiones son inseparables y permiten la expresión de la inherencia del ordenamiento jurídico.

En sus variaciones contemporáneas, el enfoque sistémico a menudo incorpora ideales de justicia. Ronald Dworkin, por ejemplo, llama “integridad” al método que lleva a los jueces “en la medida de lo posible, a tratar” el ordenamiento jurídico “como la expresión y garantía de un conjunto coherente de principios, con este fin, a interpretar” los textos del ordenamiento jurídico “para descubrir sus normas implícitas”<sup>37</sup> :

“cada uno de los artículos o principios abstractos se interpretará y aplicará de manera que forme un todo coherente en el plano de principios con las interpretaciones aceptadas por otras partes de la Constitución y con los principios de la moral política que proporcionan la mejor justificación fundamental posible para toda la estructura constitucional”<sup>38</sup>.

Dworkin concibe entonces a los jueces refiriéndose a la figura mitológica de Hércules. Se supone que los jueces son potencialmente omniscientes, toman en cuenta todos los elementos de hecho, morales y jurídicos presentes en una sociedad determinada para encontrar la “respuesta correcta” a cada caso que están llamados a resolver.

## 2.2. Límites y dificultades.

La interpretación literal, especialmente cuando se lleva a cabo en un sentido estricto, es decir, considerando que existe sólo un significado exacto o verdadero de las declaraciones jurídicas, se enfrenta a múltiples dificultades y críticas, que también pueden aplicarse a la interpretación sistémica.

<sup>33</sup> F. C. Von Savigny, *op. cit.*, p. 12.

<sup>34</sup> O. Jouanjan, «De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques», *Revue Européenne des Sciences Sociales*, [en línea], disponible en: <http://ress.revues.org/398?lang=en>, p. 131.

<sup>35</sup> F. C. Von Savigny, *op. cit.* p. 13.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 239

<sup>38</sup> R. Dworkin, «Controverse constitutionnelle», *Pouvoirs*, 1991, n° 59, p. 5.

En primer lugar, se puede considerar que las declaraciones jurídicas no tienen ningún significado en sí mismas y que rara vez son unívocas<sup>39</sup>. Es precisamente suficiente abrir un diccionario de lenguaje ordinario o incluso de vocabulario especializado para darse cuenta de que a menudo se expresan varios significados y definiciones.

Así, como señalan Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca,

“una noción sólo puede considerarse unívoca si su alcance está plenamente determinado, lo que sólo es posible en un sistema formal en el que se hayan eliminado las circunstancias imprevistas (...). Pero no es el caso de las nociones desarrolladas en el marco de un sistema científico o jurídico, que deben aplicarse a acontecimientos futuros cuya naturaleza no siempre puede especificarse plenamente”<sup>40</sup>.

La pluralidad y la indeterminación de los enunciados jurídicos no son, por tanto, un defecto desafortunado, sino un “aspecto esencial de la ley”<sup>41</sup>, en particular porque el lenguaje jurídico se enfrenta constantemente a la renovación y al carácter sin precedentes de los actos, hechos o comportamientos que debe regular. Finalmente,

“La impresión de claridad, ligada a la univocidad, resulta de la ignorancia o de la falta de imaginación. (...) La claridad de un texto, o de un concepto, no puede por lo tanto garantizarse nunca de manera absoluta, excepto convencionalmente, limitando voluntariamente el contexto en el que debe ser interpretado”<sup>42</sup>.

### 2.3. Consecuencias metodológicas para la investigación.

La consideración de que no hay sentido inherente, evidente, único permite entender la idea de Kelsen, también sostenida por Guastini, de que la tarea del interprete científico es establecer marcos interpretativos, diseñados en función de las convenciones lingüísticas, en cada idioma considerada y de los contextos – sociales, nacionales o internacionales - de uso. La finalidad de la interpretación científica no es, entonces, encontrar un supuesto verdadero o correcto sentido sino imaginar todos los posibles o admisibles en un contexto jurídico determinado.

La fijación del marco también puede servir como punto de apoyo crítico para comentar las diferencias más o menos significativas que las autoridades normativas se permiten hacer en las interpretaciones consideradas más comunes, probables o coherentes con respecto a las convenciones de los idiomas ordinarios o especializados.

## 3. La búsqueda de sentido a partir de la función y la finalidad del texto.

### 3.1. Presentación y usos.

La determinación del significado de un texto también puede realizarse buscando su función o propósito. La interpretación se denomina entonces, respectivamente, funcional o teleológica. Este tipo de interpretación se desvincula de las propiedades sintácticas o léxicas del propio texto para considerar el contexto de su aplicación. Sin embargo, la

---

<sup>39</sup> J. Lenoble, A. Berten, *Dire la norme*, París, LGDJ, 1990, p. 55; véase también, M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, París, Cujas, 1975, p. 135.

<sup>40</sup> C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 175.

<sup>41</sup> E. McKaay, «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», *Langages*, marzo de 1979, n° 53, p. 33; C. Luzzati, «Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation», *Hans Kelsen's legal theory*, L. Gianformaggio (ed.), Torino, G. Giappichelli editore, 1990, p. 123.

<sup>42</sup> C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* p. 168.

búsqueda de una función o un propósito puede llevarse a cabo en direcciones muy diferentes: búsqueda de funciones o finalidades sociales, económicas, políticas, consideraciones de la justicia de las decisiones, atención al “efecto útil” del texto.

La paternidad de la interpretación teleológica se atribuye a Jhering<sup>43</sup>. En la línea opuesta al tono formalista de la primera parte de su obra, Jhering completa *el espíritu del derecho romano*<sup>44</sup> denunciando “el culto a la lógica que pretende hacer de la ciencia jurídica un campo matemático del derecho”<sup>45</sup>. Recomienda a continuación que se tengan en cuenta el propósito y la finalidad de los textos jurídicos y que se integren en la vida social.

Jhering hizo escuela. A finales del siglo XIX y principios del XX, en Francia, Estados Unidos, Austria y Alemania, la renovación de las ciencias jurídicas requería la promoción de un método de interpretación teleológica, a veces también llamado en aquella época “sociológico”, ya que era la función social de los textos jurídicos lo que se buscaba. En todas partes, el entusiasmo por este método parte del rechazo de la determinación del significado del texto basado en la intención de su autor. Se discute que esto sería imposible de determinar y, en cualquier caso, inadaptable para las necesidades y requisitos contemporáneos.

En Francia, François Géný ataca el “método tradicional” (sobrentendido como aquel promovido por la exégesis) tanto por su carácter “puramente legal y deductivo”, como por su “falta de plasticidad”<sup>46</sup> y la hipocresía de atribuir “audazmente al legislador” ideas que, en última instancia, serían “absolutamente personales” al intérprete<sup>47</sup>. Luego nos invita a preocuparnos por “las necesidades sociales, el ideal del momento, el derecho comparado, la historia que (...) dará sentido a la evolución de las instituciones”<sup>48</sup> :

“Nuestra conclusión tiende a afirmar que los elementos, puramente formales y lógicos, que están a disposición de los juristas dentro del aparato externo y plástico de nuestro derecho positivo, son insuficientes para satisfacer los *deseos de la vida legal*. De ahí el resultado, la consecuencia inevitable de que la jurisprudencia debe buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios para cumplir toda su misión”<sup>49</sup>.

Estos elementos pueden ser encontrados observando la vida social, económica y científica. Para el intérprete, se trata de “alcanzar la equidad objetiva combinando la idea de justicia con la de mayor utilidad social”<sup>50</sup>. Este método por lo tanto no es sinónimo de arbitrariedad en la obra de Géný. El intérprete debe reconstruir un orden objetivo de las cosas:

“En cuanto a los procedimientos por los que la jurisprudencia lleva a cabo su misión tan extendida, he intentado especificarlos y ordenarlos en un sistema coherente, porque, si uno debe, sin vacilar, romper las barreras de un método demasiado estrecho, se hace

<sup>43</sup> Véase A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*

<sup>44</sup> R. von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marecq, Aîmé; 1880, vol. I, [en línea], disponible en: <http://ia600408.us.archive.org/8/items/lespritudroitro01jher/lespritudroitro01jher.pdf>

<sup>45</sup> Citado en A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>46</sup> F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, 2<sup>ème</sup> éd., t. 1, n<sup>o</sup> 33, p. 66 ; voir sur ce point H. Halpérin, «François Géný», in O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 203 ; J. L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp. 249 y ss.

<sup>47</sup> F. Géný, *op. cit.*, p. 67.

<sup>48</sup> H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.*, p. 122.

<sup>49</sup> F. Géný, *op. cit.* vol. 2, no. 187, pág. 234.

<sup>50</sup> F. Géný, *op. cit.* vol. 1, no. 68, pág. 145.

esencial disciplinar, al mismo tiempo, las nuevas tendencias, que, si se dejan a su suerte, sólo generarán anarquía y desorden”<sup>51</sup>.

Igualmente, el padre de la Escuela Libre de Investigación Científica está mucho más apegado a las consideraciones textuales que sus condiscípulos, y entre todos, Saleille. Mientras que Géný quería aplicar primero la letra del Código antes de abrir un espacio para la investigación científica libre, Saleilles estaba inmediatamente dispuesto a “violentar los textos”<sup>52</sup> a través, del recurso a la historia, a la comparación o a la sociología, “más allá del Código Civil, pero a través del Código Civil”<sup>53</sup>.

En los Estados Unidos, la consideración de la función y los efectos sociales de la interpretación tiene igualmente como punto de partida el deseo de destacarse de la búsqueda de la intención de los autores del texto. Como lo resumió perfectamente Benjamín Nathan Cardozo a principios del siglo XX:

“Se habla a menudo de la interpretación como si no fuera más que la búsqueda y el descubrimiento de un significado que, aunque oscuro y latente, preexistía al menos de una manera real y segura en la mente del legislador. A veces así es como funciona, pero a menudo se necesita algo más. Puede ocurrir que la búsqueda de la intención del legislador sea la menor de las preocupaciones del juez que busca atribuirle sentido a la ley”<sup>54</sup>.

Citando ahora a John Chipman Gray, éste añade:

“El hecho es que las dificultades de la llamada interpretación comienzan cuando el legislador no quiso decir nada en particular, o cuando la pregunta sobre la ley no se le ocurrió, o cuando el juez no debe determinar lo que el legislador quiso decir sobre un punto que tenía en mente, sino adivinar cuál habría sido su intención si hubiera tenido ese punto en mente”<sup>55</sup>.

A nivel constitucional, a partir de finales del siglo XIX, el método teleológico se inscribió particularmente en la promoción del “constitucionalismo viviente”<sup>56</sup>. Se trata de participar en una “interpretación evolutiva” del texto constitucional<sup>57</sup> para adaptarlo al contexto dentro del cual se invoca. Esta doctrina de la “constitución viviente” conoce luego numerosas variaciones, concerniendo en particular a las modalidades de su articulación con otros métodos interpretativos o a los tipos de evolución a favorecer: económica, social, moral, científica, política, internacional... Sin embargo, la atención dada a este método ha sido para numerosos juristas, incluyendo especialmente varios jueces de la Corte Suprema<sup>58</sup>, el medio de defender una lectura progresiva de la constitución estadounidense frente a los partidarios de la llamada interpretación “originalista”, defendiendo, desde una perspectiva voluntariamente conservadora, la supremacía de la voluntad de los “padres fundadores”.

<sup>51</sup> F. Géný, *op. cit.*, no. 187, p. 234.

<sup>52</sup> H. Halpérin, «François Géný», *op. cit.*, p. 203.

<sup>53</sup> R. Saleilles, «Préface à François Géný», en *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*

<sup>54</sup> B. N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>55</sup> J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1909, pág. 165.

<sup>56</sup> A. Vlachogiannis, *op. cit.* págs. 30 y ss.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>58</sup> B. N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire* (1921), Paris, Dalloz, 2011; S. Breyer, *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007, pág. 154.

### 3.2. Límites y consecuencias metodológicas para la investigación.

La ambigüedad de las interpretaciones teleológicas o funcionales se debe esencialmente al hecho de que quienes las promueven están a menudo convencidos de que existe una realidad objetiva en la que tienen lugar los textos legales, una realidad que se impone a los intérpretes.

Sin embargo, conocer datos sociales, económicos o científicos, la determinación de la función social de un enunciado jurídico o medir sus efectos o impactos son operaciones complejas. Son frecuentemente objeto de controversia y de múltiples evaluaciones en los campos del conocimiento especializado. El jurista-intérprete que se convierte en sociólogo, en economista o que considera la evolución del conocimiento científico y tecnológico no se conforma para nada con un orden objetivo del universo social. Se inclina a elegir una de las posibles lecturas de las evoluciones sociales, científicas, tecnológicas o de los análisis económicos.

La tarea y el desafío de la investigación jurídica son entonces hacer un esfuerzo pluridisciplinario a fin de tener un mejor conocimiento no solo de la complejidad y la pluralidad de racionalidad de las actividades económicas, sociales o psicológicas, sino también de los diferentes modos de análisis y construcciones interpretativas de las dichas actividades, modos a veces conflictivos: por ejemplo, la ciencia económica ortodoxa neoliberal se enfrenta a la heterodoxa de tipo keynesiano, el individualismo metodológico se enfrenta a una metodología holista o al pragmatismo en sociología...

## 4. ¿Remitirse al significado conferido por los jueces?

Los desarrollos de la actividad jurisprudencial pueden llevar, a nivel meta-jurídico, a determinar el significado de los enunciados a partir de lo que expresen las autoridades normativas auténticas (para decirlo con el vocabulario de Kelsen), en particular, los jueces. Este enfoque general presenta dos variantes cuyos supuestos epistemológicos son muy diferentes.

### 4.1. Variante nº1: “la verdad sale de la boca de los jueces”.

#### a) *Presupuestos*

La primera variante integra la existencia de un poder interpretativo en el momento de la aplicación de la ley y luego considera que el significado de un texto legal sólo puede conocerse después de esta etapa. En otras palabras, el significado del texto no es ya la intención de sus autores, no resulta de su estructura léxica o semántica, ni de su sola función. Se determina únicamente por la intervención de una autoridad de aplicación, en particular el juez, que, mediante uno u otro de los métodos antes mencionados, da el sentido que conviene dársele al texto. Este significado se considera entonces como el verdadero: lo que el juez dice es tomado como la verdad del derecho.

#### b) *Consecuencias para la investigación*

Para determinar a nivel meta-jurídico el significado de un texto jurídico, sería suficiente reproducir, o incluso justificar, lo que dicen los jueces, ya sea *in extenso* o resumiendo varias decisiones. Se trata más a menudo de poner de relieve la coherencia y la complementariedad de las decisiones que de poner de relieve cualquier eventual discrepancia. Esta postura no está reservada exclusivamente a reconstrucciones dogmáticas de los académicos. Ella puede también ser utilizada por los mismos jueces, quienes, para garantizar la coherencia de la jurisprudencia, tienden a adoptar interpretaciones dadas por las decisiones jurisprudenciales que les precedieron.

Esta supuesta coherencia a largo plazo del juez sigue vinculada a la presunción de que, al “decir el derecho”, el juez sigue siendo un “portavoz de un texto que ya es significativo y vinculante para él”<sup>59</sup>. Quizás le adapta, le perpetúa, pero permanecería fiel a un supuesto significado intrínseco del texto. En consecuencia, el análisis de las decisiones jurisprudenciales se descuida a las posibles variaciones interpretativas de las jurisdicciones para reconstruir el significado que los jueces han dado a los enunciados legales o constitucionales de manera lineal e inequívoca.

Algunas reconstrucciones doctrinales del significado de la noción de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República en las decisiones del Consejo Constitucional en Francia son, en este punto, elocuentes. Desde que el Consejo, en una decisión del 20 de julio de 1988<sup>60</sup>, emitió criterios de identificación (el principio debe haber sido enunciado en un texto legislativo adoptado bajo un régimen republicano antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1946, de manera continua y con la intención de establecer un principio fundamental), los autores académicos han tendido a considerar que todos los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República previamente enunciados por el Consejo Constitucional cumplían esos criterios. Algunos trataron entonces de hacer demostraciones retrospectivas minimizando, de ser necesario, el alcance de ciertas desviaciones o presentándolas como excepciones lamentables<sup>61</sup>.

#### 4.2. Variante nº2. La pluralidad de las interpretaciones posibles: Hermes versus Hércules.

##### a) Presupuestos.

Esta actitud de reconstrucción dogmática de una supuesta coherencia que se convierte al final en una justificación *a posteriori* de las decisiones jurisdiccionales fue cuestionada. Ha favorecido una segunda aproximación que considera que cada interpretación elegida por los jueces no es la única posible, sino sólo – como lo sugería Kelsen al final de la segunda edición de la *teoría pura del derecho* - una de varias posibles. Como tales, nunca están preestablecidas, ni son necesariamente consistentes entre sí.

Esta concepción proviene principalmente de teorías realistas de interpretación desarrolladas en los Estados Unidos<sup>62</sup>, luego en Escandinavia<sup>63</sup> o Francia<sup>64</sup>, pero no únicamente. La interpretación se analiza aquí como una reconstrucción del significado que se lleva a cabo de manera singular con cada decisión de los jueces. El sentido que se le da a un enunciado en un contexto particular está siempre sujeto a reconsideración y evolución en otro contexto. En otras palabras, la elección interpretativa nunca es definitiva. Cada conflicto particular puede dar lugar a nuevos significados y modificar las elecciones de los intérpretes<sup>65</sup>. Como señalan François Ost y Michel van de Kerchove, la interpretación jurídica se refiere más bien a la figura de Hermes, que sugiere el infinito entrelazamiento y renovación de los discursos, que a la de figura de Hércules propuesta

<sup>59</sup> D. Rousseau, «Une résurrection: la notion de constitution», *RDP*, 1991, pp. 16-17.

<sup>60</sup> Decisión nº 88-244 DC de 20 de julio de 1988.

<sup>61</sup> Véase G. Vedel, «La place de la Déclaration de 1789 dans le ‘bloc de constitutionnalité’», in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l’Homme et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pág. 51; para constatar una actitud similar por parte de la doctrina italiana, véase M. C. Ponthoreau, «L’article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits», *AIJC*, 1989, pág. 113.

<sup>62</sup> Ver sobre este punto F. Michaut, «Le rôle créateur du juge selon l’école de la ‘sociological jurisprudence’ et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit», *RIDC*, nº2, 1987, p. 343.

<sup>63</sup> Ver A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1958, p. 37.

<sup>64</sup> M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l’Etat*, Paris, PUF, 2001, pág. 69.

<sup>65</sup> Véase, en particular, J. Lenoble, A. Berten, *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1990, p. 50.

por Ronald Dworkin, que transmite una imagen de omnisciencia, coherencia y palabra de verdad<sup>66</sup>.

*b) Consecuencias metodológicas para la investigación*

A nivel metajurídico, la determinación del significado, o más bien de los posibles significados, de los enunciados jurídicos nos invita a analizar los diversos usos e interpretaciones que los jueces o cualquier otra autoridad normativa (el Presidente de la República, la administración, los organismos internacionales, etc.) tienen de ellas, pero sin presuponer desde el principio que habría coherencia entre ellas.

Esto no significa que tal coherencia o la existencia de continuidad interpretativa sea ilusoria o imposible. Si se producen, pueden analizarse como la elección de políticas jurisprudenciales, eventualmente determinadas por una concepción de la función de juzgar, o como el producto de una serie de limitaciones y coacciones: limitaciones y coacciones argumentativas, limitaciones y coacciones de legitimidad, limitaciones y coacciones para asegurar la previsibilidad de las decisiones en fin de aumentar su autoridad y la probabilidad de que sean seguidas o confirmadas<sup>67</sup>.

Entonces si la coherencia de las interpretaciones es posible, no se presupone sino tiene que mostrarse empíricamente y demostrarse - tan cómo explicarse - teóricamente.

### **Bibliografía.**

- J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001.
- S. BREYER, *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007.
- B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire* (1921), Paris, Dalloz, 2011.
- P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- P.-A. COTE, «L'interprétation de la loi. Une création sujette à contrainte», en D. Bourcier y P. Mackay (eds.), *Lire le droit. Lengua, texto, cognición, Derecho y sociedad*, LGDJ, 1992.
- C. DEMOLOMB, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, Durand, 1845.
- R. DWORKIN, «Controverse constitutionnelle», *Pouvoirs*, 1991, n° 59.
- R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994.
- U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridiques*, Paris-Bruselas, LGDJ-Bruylant, 2<sup>a</sup> ed., 2007.

<sup>66</sup> F. Ost., M. van de Kerchove, «Interprétation», *ODA*, 1990, t. 35, p. 176 y p. 190.

<sup>67</sup> Véase M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczuk, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

- B. FRYDMAN, «La Naissance de l'Auteur: Origines Politique et Juridique d'un Concept Littéraire», *International Journal for the Semiotics of Law*, 2012, n° 25.
- F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, n° 33, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 2<sup>a</sup> ed., 1919.
- J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1909.
- R. GUASTINI, «Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37.
- H. HALPERIN, «François Génys», in O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008.
- H. L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.
- A. HERNANDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971.
- B. S. JACKSON, «Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotiques», *APD*, 1989.
- R. VON JHERING, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq, Aîmé; 1880, vol. I, [en línea]:  
<http://ia600408.us.archive.org/8/items/lespritudroitro01jher/lespritudroitro01jher.pdf>
- O. JOUANJAN, «De la vocation de notre temps pour la science du droit: modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques», *Revue Européenne des Sciences Sociales*, XLI-128, 2003, [en línea]:  
<http://ress.revues.org/398?lang=en>
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*.
- K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.
- J. LENOBLE, A. BERTEN, *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1990.
- C. LUZZATI, «Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation», *Hans Kelsen's legal theory*, L. Gianformaggio (ed.), Torino, G. Giappichelli editore, 1990.
- H. Y L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, Montchrestien, 3<sup>a</sup> éd., 1963.
- E. MCKAAY, «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», *Langages*, marzo de 1979, n° 53.

- F. MICHAUT, «Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit», *RIDC*, n°2, 1987.
- F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*.
- D. NEIL MC CORMICK Y ROBERT S. SUMMERS (eds.), *Interpreting statutes, a comparative study*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991.
- C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986.
- F. OST., M. VAN DE KERCHOVE, «Interprétation», *ODA*, t. 35, 1990.
- M.-C. PONTTHOREAU, «L'article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits», *AIJC*, 1989.
- J. E. M. PORTALIS, "Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement". Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804, [en línea]: [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf)
- P. RICCEUR, *Du texte à l'action. Essais d'hermeneutique II*, Paris, Seuil, 1986.
- A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1958.
- D. ROUSSEAU, «Une résurrection : la notion de constitution», *RDP*, 1991.
- F. C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre (1802-1803)*, Stuttgart, K.F. Koehler Verlag, 1951; trad. espagnole, *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.
- A. SCALIA, A. GUTMANN, AMY (eds.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton N.J, Princeton University Press, 1997.
- C. STAMATIS, *Argumenter en droit*, Paris, Publisud, 1995.
- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit civil*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1996.
- M. TROPER, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975.
- M. TROPER, «La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse», *Pouvoirs*, n° 41, 1987.
- M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001.

- M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005.
- G. VEDEL, «La place de la Déclaration de 1789 dans le ‘bloc de constitutionnalité’», in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l’Homme et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989.
- A. VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, Thèse Panthéon-Assas, 2011.
- J. WROBLEWSKI, «L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 1972.
- J. WROBLEWSKI, “Interpretation juridique”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, París, LGDJ, 1988.

## **LAS HIPÓTESIS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICO-JURÍDICA**

Hypotheses within scientific-legal research

Josefa Dolores Ruiz Resa  
Profesora Titular de Universidad  
Departamento de Filosofía del Derecho  
Universidad de Granada

---

### **RESUMEN**

El objetivo principal de este trabajo es comprender qué tipo de conocimiento permite plantear los problemas o preguntas de una investigación y generar su solución, la cual se avanza como hipótesis de la misma, con especial referencia al ámbito jurídico. Se trata, en definitiva, de participar en la construcción dinámica y colectiva de estrategias o heurísticas para el planteamiento de problemas y la generación de hipótesis de investigación en el ámbito de los saberes teóricos o especulativos como la ciencia, prestando atención a las peculiaridades que esta muestra cuando se lleva a cabo desde la ciencia del derecho. En pos de este objetivo, se tendrán en cuenta y analizarán las diferencias detectadas entre problemas de probar y encontrar, y problemas mal y bien estructurados, y entre los tipos de conocimiento que puede aplicarse para su solución: conocimiento heurístico y conocimiento estándar o lógico-racional. También se explorarán y subrayarán pautas de actuación que se han ofrecido para plantear problemas y soluciones y las especificidades que cabe tener en cuenta en relación al saber jurídico.

### **PALABRAS CLAVES**

Problema de investigación, hipótesis de investigación, plan de investigación, heurísticas, racionalidad científica estándar, ciencia del derecho.

### **ABSTRACT**

The main goal of this article is to understand what kind of knowledge allows us to find and solve problems or questions in research, advancing a hypothesis, with special reference to the field of scientific-legal knowledge. It is, in short, to participate in the dynamic and collective construction of strategies or heuristics for the proposal of research problems and hypotheses in the field of theoretical knowledge such as science. Special attention should be paid to the peculiarities within legal Science or Jurisprudence. In pursuit of this objective, we will take into account and analyse the differences between problems to find and problems to prove, well and ill structured problems, and between kinds of knowledge to solve them: heuristic and standard or logic reasoning. The work will also explore and underline courses of action that have been traditionally recommended to find and solve problems and how they function in legal knowledge or Jurisprudence.

### **KEYWORDS**

Research problems, research hypotheses, research plan, heuristics, standard scientific rationality, Jurisprudence.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Presupuestos de partida. 3. Cómo se generan y cómo se prueban hipótesis. 4. Estrategias o heurísticas para delimitar problemas y encontrar respuestas en la planificación de una investigación (también jurídica). 5. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. Introducción.

La generación de hipótesis para la resolución de un determinado problema parece haberse convertido en la piedra angular de las investigaciones científicas. Tal es, al menos, la impresión que cobra fuerza a la vista de cómo se ha generalizado la exigencia de elaborar proyectos o planes de investigación que las incluyan: así ocurre, por ejemplo, para la realización de tesis doctorales o la presentación de un proyecto de investigación individual o colectivo respecto al que se solicita financiación<sup>1</sup>. Problema e hipótesis resultan ser también elementos imprescindibles en la estructura de un artículo o en el desarrollo de ciertas metodologías de investigación, para que se consideren de tipo “científico”<sup>2</sup>. Por lo demás, la Psicología y otras ciencias cognitivas como la Inteligencia Artificial han contribuido a asentar y generalizar la idea de que la resolución de problemas será mejor cuanto mejor sea la representación (planificación, diseño) que se hagan los

---

<sup>1</sup> Sobre estructuras de plan de investigación para tesis doctorales, y aunque la normativa estatal sobre los estudios de doctorado no alude expresamente a este asunto en su regulación de los planes de investigación (artículo 11.6 del RD 99/2011 de 28 de enero, que solo dice que “incluirá al menos la metodología a utilizar y los objetivos a alcanzar, así como los medios y la planificación temporal para lograrlo”, estructura básica que se aprecia en muchos de los impresos previstos en las escuelas de doctorado de las universidades españolas), puede detectarse la inclusión de la presencia expresa del problema e hipótesis de la investigación en la estructura del plan de investigación de buena parte de las universidades andaluzas, por ejemplo: Universidad Pablo de Olavide (<https://www.upo.es/postgrado/Doctorado-Ciencias-Juridicas-y-Politicas?opcion=26>); Universidad de Granada ([https://escuelaposgrado.ugr.es/doctorado/impresos/estudios/\\_doc/planinvestigacion\\_es](https://escuelaposgrado.ugr.es/doctorado/impresos/estudios/_doc/planinvestigacion_es)); Universidad de Cádiz (<https://escueladoctoral.uca.es/doctorado/plan-de-investigacion/>); Universidad de Huelva (<http://www.uhu.es/eduhu/index.php/matricula/impresos>); Universidad de Jaén (<https://www.ujaen.es/estudios/acceso-y-matricula/tesis-doctorales>); Universidad de Córdoba (<https://www.uco.es/estudios/idep/tesis-docs>). También se detecta en la estructura de plan de investigación de otras universidades españolas, como por ejemplo: Universidad de Alcalá de Henares ([http://escuela-doctorado.uah.es/tesis/plan\\_investigacion.asp](http://escuela-doctorado.uah.es/tesis/plan_investigacion.asp)); Universidad de Alicante (<https://edua.ua.es/es/informacion/estudiantes/sobre-el-doctorado/plan-de-investigacion.html>); la Universidad de Oviedo (<https://cei.uniovi.es/postgrado/doctorado/desarrollo/impresos>) (Último acceso: 14/09/2019).

<sup>2</sup> En relación a los artículos científicos, véase SLAFER, G. (2009), “¿Cómo escribir un artículo científico?”, *Revista de Investigación en Educación*, nº 6, pp. 124-132 y CORTÉS DE LOS RÍOS, M. E. y CRUZ MARTÍNEZ, M. S. (2000-2001), “El análisis del Género del Artículo de Investigación”, *Revista de Lenguas para fines específicos*, Nº 7 y 8, pp. 33-50. En relación a las metodologías de investigación, la presencia de hipótesis se aprecia específicamente en relación al análisis de contenido (véase ANDRÉU ABELA, J. (2002), *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada*. Fundación Centro Estudios Andaluces); o en relación a la teoría fundamentada (véase STRAUSS, A. y CORBIN, J. (2002), *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Editorial Universidad de Antioquia).

individuos de esta tarea<sup>3</sup>. No extraña entonces que se hayan extendido con cierto éxito las metodologías de enseñanza basadas en el aprendizaje por problemas<sup>4</sup>.

Concretamente, uno de los defensores más conspicuos del aprendizaje basado en problemas fue el filósofo y psicólogo John Dewey, quien reivindicará la aplicación de los métodos de la psicología a la educación. Estos métodos son, a su juicio, los que fomentan un “pensamiento reflexivo”. Este se activa ante la duda o vacilación y se opone al “pensamiento rutinario” conduce la investigación para su resolución y representa la actitud científica, la cual en opinión de Dewey, debería fomentarse en las escuelas<sup>5</sup>. Como subrayaba Álvarez, el pensamiento se manifiesta realmente para John Dewey, no cuando las cosas van bien sino cuando intentamos resolver problemas<sup>6</sup>.

Ahora bien, el asunto del problema y la búsqueda de su solución vienen interesando a la humanidad desde hace bastante tiempo. Y es que el estudio sobre cómo se desarrolla la tarea de elaborar respuestas a controversias o preguntas de la ciencia y otros campos del conocimiento humano ha ocupado muchas páginas y esfuerzos: desde Aristóteles y sus *Tópicos* (donde esperaba desarrollar un “método con arreglo al cual, partiendo de proposiciones opinables [ex endoxon] sea posible formar silogismos sobre todos los problemas que se puedan plantear”<sup>7</sup>), hasta Descartes y las reglas del método para el *conocimiento verdadero*, o Leibniz y su *ars combinatoria*, inspirada en Llull; desde Vico y su apuesta por combinar el método racionalista moderno con el método retórico-tópico antiguo, hasta George Polya, ya en el siglo XX, y su propuesta de reglas o pautas para la invención o descubrimiento de soluciones a los problemas en matemáticas, pasando por Charles Sanders Peirce y sus estudios sobre el razonamiento por hipótesis o inferencia abductiva. Todos ellos han ido escanciando los elementos de un tipo de cognición que se ha caracterizado por su carácter plausible y provisional, y donde prima el sentido común, la intuición o la experiencia práctica en la resolución de problemas.

Tales estudios han permitido que se fuera consolidando una distinción entre la tarea cognitiva que plantea el problema y busca la respuesta, por un lado, y por otro, la tarea cognitiva que prueba la validez de esa respuesta, conforme a un sistema racional formalizado de inferencias lógicas. En este último caso, se trata de un proceder al que se llama *racionalidad estándar*, que permite la conexión mediante reglas de cálculo consideradas objetivas entre axiomas y principios considerados verdaderos y las conclusiones que puedan derivarse de ellos. Algunos estudiosos como Aristóteles incluso se esforzaron por acercar ambas tareas, al considerar que solo la segunda es fiable.

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones, véanse SÁNCHEZ, H. Y. (2007), “La solución de problemas como un campo de concurrencia de distintas teorías en Psicología”, *Revista colombiana de Psicología*, N° 16, 2007; GARCÍA GARCÍA, E., “Teoría de la mente y ciencias cognitivas”, en L. FEITO GRANDE (ed.), *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007, pp. 17 y ss.

<sup>4</sup> Una descripción de la metodología del aprendizaje basado en problemas puede encontrarse en VIZCARRO, C. y JUÁREZ, E. (2008), “¿Qué es y cómo funciona el aprendizaje basado en problemas?”; y ROMERO MEDIA y GARCÍA SEVILLA, J. (2008), “La elaboración de problemas ABP”, ambos en J. GARCÍA SEVILLA (Coord.), *El aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria*. Murcia: Universidad de Murcia.

<sup>5</sup> DEWEY, J. (1989). *Cómo pensamos*, ed. Paidós, Barcelona. Sobre estas cuestiones, véase también RUIZ, G. (2013), “La teoría de la experiencia de John Dewey: significación histórica y vigencia en el debate teórico contemporáneo”, *Foro de Educación*, 11 (15), pp. 105 y 106.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ, J. A., “La resolución de problemas en psicología”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 13, N° 22, 1981, p. 251.

<sup>7</sup> *Tópicos* I, 1, 1. Cita tomada de VIEHWEG, Th. (1964), *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus, pp. 34-35.

Aunque muchos de estos estudios sobre la resolución de problemas han ofrecido o tratado de pautas con carácter general, para todos los saberes, también los ha habido que se han ocupado de ámbitos específicos, como el jurídico, según intentaron Cicerón, Llull, Leibniz y, más recientemente, Viehweg y su apuesta por una tópica jurídica, partiendo de la distinción que hizo Hartmann<sup>8</sup> entre pensamiento problemático o aporético, al que la tópica ofrece sus herramientas, y pensamiento sistemático -al que llama también axiomático<sup>9</sup>-, cuyo proceder descansa en un método lógico deductivo. Este pensamiento procede desde el todo, y no hay que buscar puntos de vista pues el sistema ya ha adoptado uno. Desde este punto de vista así fijado se seleccionan los problemas y si no se adaptan al mismo, se consideran mal planteados. Cuando se procede así, se actúa dentro de unos límites desde los cuales se puede encontrar la solución. El sistema selecciona, pues, el problema según se pueda o no resolver de acuerdo a sus principios y métodos. Sin embargo, el pensamiento aporético discurre al revés, de manera que es el problema el que exige adaptar el sistema para encontrar su solución y si no es posible la adaptación, crear uno nuevo<sup>10</sup>. En este proceder la guía es la tópica, que es la que oferta no un único punto de vista ya fijado sino catálogos de puntos de vista generales a partir de los cuales se buscan las premisas adecuadas, que no quedan impuestas tampoco, como ocurre cuando se sigue un pensamiento sistemático<sup>11</sup>. Y es que “el dominio del problema exige flexibilidad y capacidad de ensanchamiento”<sup>12</sup>. Por esa razón, decía Viehweg, la tópica “no puede convertirse en un método, pues solo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo”<sup>13</sup>.

Aportar elementos para entender cómo se puede llevar a cabo el proceso de planteamiento de preguntas o problemas de investigación y la generación de hipótesis o respuestas, con especial referencia al ámbito del conocimiento científico-jurídico, y colaborar así en la planificación y desarrollo de una investigación jurídica es el objetivo principal de este trabajo. Se trata, en definitiva, de participar en la construcción dinámica y colectiva de estrategias o heurísticas para el planteamiento de problemas e hipótesis de investigación en el ámbito de los saberes teóricos o especulativos como la ciencia, prestando atención a las peculiaridades que esta muestra cuando se lleva a cabo desde la ciencia del Derecho.

La tarea que nos proponemos desarrollar se sitúa en el marco de una teoría del conocimiento crítica, no con la presencia sino con el predominio del empirismo/positivismo ingenuo y con su pretendido carácter objetivo y aislado del entorno en que se produce; y crítica con la invisibilización o difuminación hacia las que la idea de sistema y racionalidad lógico-formal en el Derecho ha llevado el quehacer de otras tareas cognitivas en el saber jurídico, como la delimitación de problemas y la búsqueda de su solución.

---

<sup>8</sup> VIEHWEG toma esta caracterización de la obra de Hartmann “Diesseits von Idealismus und Realismus”, en *Kant Studien XXIX*, 1924, pp. 163 y 164. Citado por Viehweg op. cit., p. 52. En todo caso, la interpretación que hizo Viehweg de esta distinción de Hartmann fue criticada por algunos estudiosos. De estas críticas se hacía eco GARCÍA AMADO, J.A. (1988). *Teorías de la Tópica Jurídica*. Madrid: Civitas-Universidad de Oviedo, p. 142

<sup>9</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 111.

<sup>10</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 51.

<sup>11</sup> VIEHWEG, op. cit., pp. 58 y 59.

<sup>12</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 60.

<sup>13</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 105.

En pos de alcanzar el objetivo buscado con este trabajo, en las siguientes páginas se procederá a analizar, a través de la revisión de algunos estudios sobre este asunto, qué tipo de conocimiento permite plantear los problemas o preguntas de una investigación y generar su solución, la cual se avanza como hipótesis de la misma, y en qué formas de conocimiento humano se ubican esas pautas. A este respecto, se tendrán en cuenta y analizarán las diferencias detectadas entre problemas de probar y encontrar, y problemas mal y bien estructurados, y entre los tipos de conocimiento que puede aplicarse para su solución: conocimiento heurístico y conocimiento estándar o lógico-racional. También se explorarán y subrayarán pautas de actuación que se han ofrecido para plantear problemas y soluciones, y las especificidades que cabe tener en cuenta en relación al saber jurídico. Pero, a fin de permitir una mejor comprensión de las revisiones, análisis y reflexiones que nos proponemos llevar a cabo, se dedicarán unas páginas a delimitar los presupuestos de partida de este trabajo y los significados que en él se darán a ciertos términos.

## 2. Presupuestos de partida.

En primer lugar, y en un intento por superar las apropiaciones de significantes y significados características de las luchas de poder que se sustancian en el terreno de los saberes humanos, se entenderá *investigar* en el sentido amplio y cotidiano del lenguaje natural que ninguna disciplina debería apropiarse sino, todo lo más, gestionar desde propuestas metodológicas que faciliten, por haber sido explicitadas y probada su eficacia, su reproducción cuando se estime necesario. De esta manera, se entenderá *investigar* como *indagar para descubrir*, e *indagar* como *averiguar algo discurriendo o con preguntas*<sup>14</sup>.

En segundo lugar, se acepta la idea de que investigamos con la finalidad de responder a problemas que se generan en nuestro entorno/medio, por lo que los problemas también se enuncian/plantean desde concretos sistemas sociales y políticos y no solo ni aisladamente desde el contexto/ámbito académico-científico. En otras palabras, se asume que el conocimiento humano es una práctica social situada en un espacio y tiempo socio-políticos.

En tercer lugar, vamos a concebir la hipótesis como la respuesta que se avanza a un problema o pregunta que se genera ante la perplejidad o duda que suscita algo inesperado o sorprendente. Tal significado es cercano a lo que en la filosofía de la ciencia se llamaron “hipótesis ad hoc”, las cuales se conciben “especialmente para superar una dificultad surgida en el curso de la investigación (típicamente para resolver una ANOMALÍA [sic en mayúsculas])”<sup>15</sup>. También se habla de hipótesis para aludir a aquella parte de un teorema matemático que funciona como proposición provisional cuya verdad debe probarse; la otra parte es la conclusión. Por ejemplo: “Si los cuatro lados de un cuadrilátero son iguales, entonces las dos diagonales son perpendiculares entre sí”<sup>16</sup>. En todo caso, a cada una de estas hipótesis que forman parte de un teorema se las llama también hipótesis, de manera que una hipótesis podría entonces componerse de una suma de hipótesis<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Se trata pues de los significados que a las expresiones *investigar* e *indagar* otorga respectivamente el diccionario de la RAE.

<sup>15</sup> MOSTERÍN, J. Y TORRETTI, R. (2002), *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza editorial, p. 276

<sup>16</sup> Tomado de POLYA, G. (1971), *How to solve it. A new aspect of Mathematical Method*. Princeton University Press, p. 155. La traducción es mía.

<sup>17</sup> Polya *How to solve it. A new aspect of Mathematical Method*, op. cit., p. 201. Para diferenciarlas, Polya proponía llamar “clausulas” a estas partes de la hipótesis.

Teniendo en cuenta los anteriores usos y significados, es posible considerar, como se hará en este trabajo, que una hipótesis de investigación científica es una respuesta o solución que se avanza para resolver algún problema científico pero que debe ser validada por un proceso cognitivo posterior, para cuya comunicación suele utilizarse alguno de los géneros de la investigación científica –tesis doctoral, artículo científico, ensayo, monografía, etc.-.

La hipótesis se revela entonces como instrumental al problema y no al revés<sup>18</sup>. El problema se erige realmente en el director de la investigación. Como Platón y Aristóteles habían señalado ya, la ruptura de lo cotidiano, eso que suscita *asombro*, *estupor*, *maravilla* o también *horror*, inicia la búsqueda del conocimiento<sup>19</sup>. Así pues, necesitamos *vacilaciones* (Dewey<sup>20</sup>), *sorpresas* (Peirce<sup>21</sup>), que estimulen la necesidad de darles una respuesta; *disonancias cognitivas* (Festinger<sup>22</sup>), *asimetrías* (Kennedy Arlin)<sup>23</sup> o (como sostenía Piaget<sup>24</sup>), *desequilibrios*, que son los que dan lugar al cambio cognitivo, y sobre todo, la toma de conciencia del desequilibrio, ya que es esta la que nos permite *comprender* por qué no hemos resuelto un problema.

Ahora bien, lo habitual es precisamente la dificultad para detectar problemas, ya que parece que los sistemas de instrucción entrenan al ser humano para dejar de asombrarse, vacilar o, en definitiva, preguntarse. Mihaly Csikszentmihalyi, estudioso del pensamiento creativo, señalaba que el gran problema es precisamente encontrar problemas: “Todos nosotros conocemos cuántos estudiantes brillantes entran en una Escuela de Posgrado, con 17 años de entrenamiento en resolver problemas en su haber, y qué pocos de ellos son capaces de aislar un problema importante que sea nuevo, o al menos interesante, para sus tesis. Mientras sigamos convenciéndonos de que la creatividad no es más que solución racional de los problemas, será difícil ver cómo va a mejorar esta situación”<sup>25</sup>. En este sentido, Csikszentmihalyi inaugura una vía nueva en la comprensión del pensamiento creativo, donde se subraya que encontrar problemas (*problem finding*) en una manifestación muy importante del mismo, más si cabe que el encontrar soluciones (*problem solving*)<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Como afirmaba POPPER (1972), *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona: Paidós, p. 272, una teoría científica era “un intento por resolver un problema científico”.

<sup>19</sup> Sobre este asunto, véase GÓMEZ RAMOS, A., “Asombro, experiencia y forma: los tres momentos constitutivos de la filosofía”, *Convivium*, N° 20, 2007, pp. 3-22.

<sup>20</sup> DEWEY, J. (1989). *Cómo pensamos*, op. cit.

<sup>21</sup> NUBIOLA, J., “La abducción o la lógica de la sorpresa”, *Razón y Palabra*. n° 21, marzo, 2001. Disponible en [http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n21/21\\_jnubiola.html](http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n21/21_jnubiola.html) (último acceso: 07/10/2019), resalta las numerosas ocasiones en las que Peirce se refiere a la sorpresa como punto de partida de la actividad investigadora en sus obras, reunidas en PEIRCE, CH. S. (, 1936-58), *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, 8 vols., C. Hartshorne, P. Weiss y A. Burks, eds., Harvard University Press, Cambridge, MA.

<sup>22</sup> FESTINGER, L. (1975). *Teoría de la disonancia cognoscitiva*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

<sup>23</sup> KENNEDY ARLIN, P., (1990), “Wisdom: the art of problem finding”, en R. J. Stenberg (ed.), *Wisdom. Its nature, origins and development*, Cambridge University Press, p. 232.

<sup>24</sup> Sobre estas cuestiones, véase PIAGET, J. (1991), *Introducción a la epistemología genética*, Paidós; PIAGET, J. (1978) *La equilibración de las estructuras cognoscitivas. Problema central del desarrollo*, Siglo XXI, Madrid.

<sup>25</sup> CSIKSZENTMIHALYI, M. (1988), “Solving Problems is Not Finding a New One: A Reply to Herbert Simon”, *New Ideas of Psychology*, vol. 6, N° 2, pp. 183-186. La traducción es mía.

<sup>26</sup> Véase por ejemplo CSIKSZENTMIHALYI, M. (1995), *Creativity*, Harper Collins, New York; GETZELS J.W. & CSIKSZENTMIHALYI, M. (1976), *Creative vision: A longitudinal Study of problem finding in art*, Wiley, Nueva York; GETZELS, J. W. y CSIKSZENTMIHALYI, M. (1975), “From problem solving to problem finding”, en TAYLOR, I. y GETZELS, J. W., *Perspectives in creativity*, Aldine, Chicago; DILLON, J. T. (1982), “Problem finding and solving”, *The Journal of Creative Behavior*, Vol.

Respecto al saber jurídico, las premisas que se asumen en este artículo son las siguientes: en primer lugar, que la dogmática jurídica o ciencia jurídica del derecho representa una forma histórica e institucionalizada del saber jurídico, que aspira a convertirse en un saber teórico o especulativo (es decir, un saber compuesto de axiomas y principios racionales universales en torno al derecho, por encima de sus cambios históricos y su carácter casuístico, y que pueda así considerarse parte de la racionalidad estándar). De manera predominante ha sido producida en el contexto de las universidades europeas, desde su formación durante la Edad Media y hasta nuestros días<sup>27</sup>, y se ha ido adaptando a los cambios del entorno hasta convertirse en la forma representativa y más duradera del saber de los juristas, aunque no por ello exenta de críticas por atribuírsele un carácter elitista, excluyente y en muchas ocasiones instrumental a los grupos dominantes. Se trata de un saber conocido bajo diversos títulos como “doctrina jurídica científica”, “doctrina jurídica”, “dogmática jurídica”, “estudio analítico del derecho”, “estudio doctrinal del derecho”, “ciencia jurídica” (*Scientia iuris* o *Rechtswissenschaft*), “ciencia jurídica constructiva”<sup>28</sup> o “ciencia jurídica del Derecho”<sup>29</sup>.

Esta conexión con el ámbito universitario significa, en segundo lugar, que se considera como un saber vinculado a su transmisión para la formación de juristas, siguiendo los modelos del saber teórico dominante en cada momento, a fin de legitimarse como saber sistemático y lógico-racional, esto es, no meramente práctico y contingente, y como saber autónomo de la moral. En este recorrido, la dogmática jurídica ha servido para hacer del derecho un sistema más o menos ordenado sobre una cierta racionalidad interna de normas u obligaciones respaldadas por el uso de una fuerza institucionalizada crecientemente por las propias normas jurídicas, que coadyuvan en la legitimación de los poderes políticos, especialmente desde la edad moderna y la paulatina conformación de los estados nación<sup>30</sup>.

Semejante tarea se ha desarrollado siguiendo un método predominantemente hermenéutico, de interpretación de textos, poco explicitado, aunque a menudo se ha intentado presentar como un método lógico deductivo (*more geométrico*), por medio del cual se ha creado un sistema de relaciones entre normas, axiomas y conceptos jurídicos, con vocación universal y atemporal –solo así podría presentarse como saber teórico o especulativo y no meramente práctico–, y en donde se detecta una relación ambigua entre lo práctico-normativo (típico del derecho en cuanto que sistema de reglas) y lo teórico

---

16, Nº 2. Sobre la atención consagrada por los estudiosos del pensamiento creativo al planteamiento de problemas, véase ROMO SANTOS, M. (1984), “El pensamiento creador”, *Estudios de Psicología*, Nº 18, pp.44-46.

<sup>27</sup> WIEACKER, F. (1957). *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, trad. F. Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, expone cómo en el ambiente de la enseñanza universitaria del Derecho se van produciendo la axiomatización de la legislación y la jurisprudencia, tras su abstracción y formalización, e intentando aplicar la deducción a los principios resultantes.

<sup>28</sup> PECZENIC, Aleksander (2005), “Scientia Juris, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law” (vol. 4), en PATTARO, E. (ed.), *A treatise of Legal Philosophy and general Jurisprudence*, Springer.

<sup>29</sup> EISENMANN, Ch. (2002), “El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del Derecho”, en LAPORTA, F. J. (ed.), *La enseñanza del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, p. 75.

<sup>30</sup> El derecho proporcionaría la legitimidad llamada racional por Weber, o legitimidad basada en la creencia en la autoridad legal, frente a la legitimidad carismática y la legitimidad tradicional. Sobre estas cuestiones, véase WEBER, M. (1993). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, pp. 704 y ss.

descriptivo y/o explicativo (típico del Derecho en cuanto que ciencia)<sup>31</sup>. Sin embargo, este sistema no descansa propiamente, pese a pretenderlo, sobre relaciones lógico-deductivas, canalizadas sobre significantes independientes de su significado socio-cultural, sino fundamentalmente sobre conexiones de contenidos o significados particulares y convencionales, de variado origen socio-político y sometidos a cambios de esta índole.

Sin duda, el funcionamiento y resultados que viene presentando la dogmática jurídica o ciencia jurídica del derecho cuestionan y dificultan sus pretensiones de universalidad y sistematicidad, en cuanto que ciencia dirigida a conocer los axiomas y principios universales y verdaderos del Derecho, a partir de los cuales deducir como conclusión necesaria cualquier solución para cualquier problema jurídico. Pero esto ocurre precisamente porque al ser un conocimiento que tiene como finalidad primordial la solución de problemas o casos, su carácter o dimensión lógico-racional y sistemática nunca es definitiva ni cerrada, sino que ha de modularse/adaptarse para responder a nuevos casos que el sistema y sus operadores no puede despachar como irrelevantes, bajo la justificación de que no se pueden resolver desde ciertos axiomas o principios lógico-racionales.

A este respecto, puede decirse que la ciencia del derecho presenta un peculiar recorrido cognitivo, que va del problema o caso, cuyo tratamiento y solución mediante normas jurídicas determina su carácter jurídico, al sistema racional de axiomas y conceptos jurídicos, que es lo que garantiza su carácter científico, y viceversa. Se trata de un recorrido en el que problema y sistema se retroalimentan, y que queda sintetizado en una especie de paradoja irresoluble: cuanto más problemático, menos sistemático, cuanto más sistemático, menos problemático, pues si se pone el acento en el sistema, solo los problemas que pueden resolverse conforme a sus principios y métodos se aceptarán como tales y los demás se desecharán, quedando por lo tanto sin resolver, mientras que si se pone el acento en el problema, el sistema es lo que debe adaptarse para resolverlo. En el primer caso, el sistema determina el problema, y en el segundo caso, el problema determina el sistema<sup>32</sup>; o, de otra forma, en el primer caso lo científico condiciona lo jurídico, y en el segundo caso, lo jurídico condiciona lo científico<sup>33</sup>.

Sin embargo, tal paradoja es justamente lo que hace al saber jurídico apto para adaptarse a esta forma de investigación que descansa expresamente sobre el eje problema o pregunta de la investigación y respuesta o hipótesis de la investigación. Y es que sus métodos, dirigidos a la interpretación y sistematización de normas jurídicas, de acuerdo a categorías y principios no solo jurídicos o normativos sino también teóricos o científicos, proveen interesantes modelos y criterios tanto de racionalidad estándar (de carácter lógico-racional) como de heurísticas para plantear problemas y avanzar soluciones. Tales heurísticas están basadas en las mismas normas jurídicas, en la intuición y en el sentido común, y son fruto de una práctica continuada y diversa, consolidadora

---

<sup>31</sup> Para distinguir entre sus diversos significados, se utiliza aquí la mayúscula inicial en *Derecho* para hacer referencia a su significado como disciplina o área de conocimiento (siguiendo aquí la regla de la RAE, que permite el uso de la mayúscula cuando se hace referencia a una disciplina, recogida en el párrafo 4.24 de la voz MAYÚSUCULAS, en el *Diccionario panhispánico de dudas*). Se utiliza la minúscula inicial en *derecho* para hacer referencia al ordenamiento jurídico.

<sup>32</sup> Se trata de la relación que, según VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 51-52, se produce entre sistema y problema que

<sup>33</sup> A este condicionamiento entre lo jurídico y lo científico aludía BUENO, G. (1978), “En torno al concepto de ciencias humanas”, *El Basilisco*, Nº 2.

pero también remodeladora del derecho y del propio saber de los juristas como sistema racional<sup>34</sup>.

### 3. Cómo se generan y cómo se prueban hipótesis.

Para comprender la interacción entre problemas e investigación científica, una de las primeras distinciones que se deben tener en cuenta es que plantear una hipótesis o solución a un problema supone una tarea diferente a la de probarla con respecto a algún método científico y lógico-racional. Ambas tareas constituyeron operaciones o trabajos epistémicos complementarios que, como se dijo, suscitaron mucho interés desde la antigüedad, dando lugar a estudios que oscilaron entre descripciones empíricas de estos procesos y teorías normativas sobre cómo debían producirse, aunque en la práctica no ocurriera así. En todo caso, y a pesar de las diferencias de marcos teóricos y métodos utilizados, todas estas aportaciones coinciden en señalar que encontrar la solución a un problema implica un tipo de cognición específica, que se ha venido llamando *heurística*, *aporética* o *ars inveniendi*, en la cual interactúan, como se ha indicado ya, experiencias personales u observadas en otros durante la resolución de problemas teóricos o prácticos, con estrategias provenientes del sentido común y la intuición.

La clave de esta distinción se puede entender teniendo en cuenta el tipo de problemas que se resuelve, y en este sentido, es de gran interés la distinción que plantea el matemático estadounidense de origen húngaro George Polya, entre *problemas de encontrar* y *problemas de probar*. Se trata de una distinción que rescata del matemático griego Pappus<sup>35</sup> y ofrece en un libro significativamente titulado *How to solve it* (Cómo resolverlo), cuya primera versión data de 1945. Este libro iba dirigido a sus estudiantes, y recogía pautas para resolver preferentemente, nos dice, problemas de encontrar. Así, los problemas de encontrar tienen como objetivo el hallazgo de un determinado objeto, que es lo desconocido del problema. Se trata de problemas complejos que se resuelven mediante una invención o descubrimiento, a partir de la reordenación de principios y modelos ya conocidos. En cambio, los problemas de probar tienen como objetivo mostrar de manera concluyente que una determinada aseveración es verdadera o falsa. Constan de 2

<sup>34</sup> A este respecto, la caracterización de ALEXY, R. (2001). *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2ª edición actualizada, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 240 y 241, sobre la ciencia jurídica da cuenta de la fuerte imbricación que se da en ella entre elementos sistemáticos y heurísticos, ya que lo considera un saber que desarrolla tareas de carácter teórico especulativo, como la descripción del derecho vigente (de carácter empírico-normativo) y de análisis sistemático y conceptual (de carácter analítico-lógico), pero también tareas de carácter práctico normativo, como la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos y atribución de sentido a las reglas del derecho. Según Alexy, los enunciados de la ciencia jurídica “están relacionados con las normas establecidas y la jurisprudencia, pero no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o *rationes decidendi* [razones] de las decisiones judiciales”. (ALEXY, op. cit., pp. 244-246). Estas características de los enunciados de la ciencia jurídica permiten que esta desarrolle en torno al Derecho diversas funciones (ALEXY, op. cit., pp. 255-260): estabilización, ya que fija determinadas soluciones a cuestiones prácticas; progreso del sistema jurídico, aunque aquí también se tienen en cuenta las novedades introducidas por el poder legislativo; descarga, pues adopta enunciados de la ciencia jurídica ya comprobados y aceptados, como es el caso de las definiciones de los conceptos jurídicos más relevantes; información y promoción de la enseñanza y aprendizaje del Derecho, y de esta manera, su transmisión; control de la consistencia de los enunciados dogmáticos y de las decisiones que se fundamentan con ayuda de los mismos; y heurística, aportando modelos de solución de casos, distinciones y puntos de vista.

<sup>35</sup> POLYA, *How to solve it*, op. cit., pp. 141-142, se inspira en las *Colecciones* del matemático griego Pappus, que vivió en torno al 300 a.C. En el séptimo libro de estas Colecciones, Pappus se refiere a una rama de conocimiento que llama “*Analyomenos*” y que Polya traduce como “*Heurística*”. Según Pappus, los problemas de encontrar se resuelven mediante síntesis, o solución constructiva o razonamiento progresivo; los problemas de probar se resuelven mediante análisis o solución hacia atrás o razonamiento regresivo, ya que hay que buscar el antecedente del que deriva el resultado que se busca probar.

partes principales, la hipótesis y la conclusión. En este segundo tipo de problemas -de probar-, ya tengo alguna solución (hipótesis) formulada pero debo probarla utilizando un método científico y/o lógico-racional. En el primer tipo de problemas -de encontrar- no tengo la solución o respuesta y debo buscarla. Es el tipo de problema para cuya resolución, nos dice Polya, se aplican los métodos y recursos de la heurística<sup>36</sup>. Junto a estos dos tipos de problemas están los problemas que Polya llama rutinarios, los cuales se resuelven aplicando de forma mecánica soluciones generales delimitadas con anterioridad para algún tipo general de problemas, siguiendo paso a paso el modelo o regla de solución, y sin necesidad de *variar nada*<sup>37</sup>.

Para Polya, la Heurística es la disciplina que estudia los métodos y reglas del descubrimiento y la invención, y en ella confluyen matemáticos, lógicos y filósofos, así como psicólogos. No obstante, el heurístico sería “no un razonamiento final o estricto sino solamente provisional y plausible, cuyo propósito es descubrir la solución de un problema”. Se trata de un razonamiento que, según Polya, no es malo en sí mismo, pero sí es malo mezclarlo con “la prueba rigurosa”. El razonamiento heurístico precede a la certeza final y es, por lo tanto, provisional. Se basa en muchas ocasiones en la inducción o en la analogía. Según Polya, lo necesitamos “cuando construimos una prueba estricta como necesitamos un andamio cuando construimos un edificio”. El argumento heurístico prepara para el argumento riguroso, en la medida en que “normalmente contiene ciertos gérmenes de este”<sup>38</sup>.

Esta distinción entre problemas y tipos de conocimiento para resolverlos coincide en cierta forma con la diferencia entre *problemas mal estructurados* y *problemas bien estructurados* propuesta por Herbert Simon, premio nobel en Economía por sus trabajos sobre la teoría de la decisión, cultivador de otros saberes como la Psicología, las Matemáticas, la Epistemología o la Inteligencia Artificial, y también interesado en el asunto de la solución de problemas<sup>39</sup>. Según Simon, los problemas bien estructurados tienen tres características:

- “1. Se pueden describir en términos de variables numéricas, cantidades escalares y vectoriales.
2. Los fines u objetivos a alcanzar pueden definirse en términos de una función objetiva bien definida –por ejemplo, la maximización de las ganancias o la minimización de los costes-.
3. Existe rutinas computacionales (algoritmos) que permiten encontrar y expresar la solución en términos numéricos.

De manera breve, los problemas bien estructurados son aquellos que pueden formularse explícita y cuantitativamente, y pueden resolverse mediante técnicas computacionales conocidas y factibles”<sup>40</sup>.

A sensu contrario, los problemas mal estructurados son aquellos que no son en todo o en parte como los anteriores. Por ejemplo, sus variables fundamentales son simbólicas o verbales, su función objetiva es vaga o no se dispone de algoritmos computacionales para

<sup>36</sup> POLYA, op. cit., pp. 112, 113, 132 y 154-156

<sup>37</sup> POLYA, op. cit., p. 171

<sup>38</sup> POLYA, op. cit., pp. 112 y 113. La traducción es mía. Más adelante (pp.132-134), reconoce que en la caracterización que da a la heurística se apoya, aunque no lo mencione directamente, en las aportaciones del filósofo Ernst March, el matemático Jaques Hadamard y los psicólogos William James y Wolfgang Köhler, muy influyentes en el estudio de la temática de la resolución de problemas y de los tipos de cognición que activa. En cambio, Polya dice tener en cuenta expresamente a Descartes, Leibinz y Bolzano, además de a Pappus.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, SIMON, H. A. & NEWELL, A. (1958), “Heuristic Problem Solving: The Next Advance in Operations Research”, *Operation Research*, vol. 6, N° 1, enero-febrero; SIMON, H.A. (1997), *Models of Bounded Rationality, Vol. 3 Empirically Grounded Economic Reason*, MIT Press, Cambridge.

<sup>40</sup> SIMON, H. A. & NEWELL, A. (1958), “Heuristic Problem Solving: The Next Advance in Operations Research”, op. cit., pp. 2 y 3. La traducción es mía

su solución. Según Simon, los problemas mal estructurados son los habituales en la vida cotidiana, y su solución suele apoyarse en la experiencia, la intuición o el sentido común<sup>41</sup>. Esta forma de resolver los problemas mal estructurados conforma lo que Simon llamó una “racionalidad procedimental”. Para probarla según la racionalidad estándar, que Simon denomina “sustantiva”, habrá que estructurar el problema de acuerdo a los criterios o condiciones que permiten aplicarles esa racionalidad sustantiva<sup>42</sup>.

Así pues, y como ha subrayado Edgar Morin, considerado “el padre del pensamiento complejo”, la propia lógica conduce a momentos “aporéticos” pues existen niveles de realidad que no la obedecen. Cuando surgen estas contradicciones, “el trabajo del pensamiento, cuando es creador, es realizar saltos, transgresiones lógicas, pero el trabajo de la verificación es retornar a la lógica clásica, al nudo deductivo, el cual, efectivamente, sólo opera verificaciones segmentarias”. Frente a este pensamiento está el “simplificante”, el cual descansa en la fiabilidad absoluta de la lógica<sup>43</sup>.

A este respecto, una de las aportaciones más interesantes e influyentes sobre cómo se produce el razonamiento que busca respuestas a problemas es la que llevó a cabo Charles Sanders Peirce, en las últimas décadas del siglo XIX. Matemático, lógico, semiólogo, astrónomo, químico, psicólogo, ingeniero, historiador de la ciencia..., Peirce ha sido calificado como un polímata y el Aristóteles de nuestra época<sup>44</sup>. Su relevante aportación al asunto que nos ocupa se concreta en su famosa propuesta de una tercera forma de razonamiento o inferencia, la abductiva o razonamiento por hipótesis o conjeturas, que sitúa junto a la deducción y a la inducción, y que en cierta forma participa de la aspiración de Aristóteles (en cuya obra Peirce encuentra el rastro de la abducción) de formalizar en cierta medida el pensamiento que resuelve problemas. Como es sabido, Peirce recoge en

---

<sup>41</sup> SIMON, H. A. & NEWELL, A. (1958), “Heuristic Problem Solving: The Next Advance in Operations Research”, op. cit., p. 3. Este es, precisamente, el tipo de problemas que deben utilizarse en las metodologías de aprendizaje basado en problemas. Sobre este asunto, véase ROMERO MEDIA y GARCÍA SEVILLA, J. (2008), “La elaboración de problemas ABP”, op. cit.

<sup>42</sup> Sobre estas cuestiones, véase FONSECA-PATRÓN, A-L. (2016). “El debate sobre las heurísticas. Una disputa sobre los criterios de buen razonamiento entre la Tradición de Heurística y Sesgo y la Racionalidad Ecológica”. *Revista Valenciana, estudios de filosofía y letras*. 9. 87. 10.15174/rv.v0i17.178. FONSECA-PATRÓN (op. cit., pp. 91-103) llama la atención sobre cómo la distinción entre la generación del conocimiento que produce las respuesta al problema y su formalización adquiere una dimensión muy interesante en el terreno de la psicología cognitiva, a través del debate entre los miembros del proyecto de la “tradición de heurística y sesgo”, actualmente bajo la dirección de Kahneman, y los miembros defensores de la ciencia de las heurísticas y la racionalidad ecológica, agrupados en el grupo de investigación ABC, bajo la dirección de Gigerenzer. Ambas posturas se acompañan de estudios empíricos que permiten presentar algunas descripciones sobre el funcionamiento real del conocimiento humano cuando trata de resolver problemas, junto a propuestas normativas sobre cómo debería ser. La primera postura tiene una percepción negativa de las heurísticas y la segunda incluso la reivindican como parte del buen razonamiento.

En todo caso, la distinción entre cogniciones sistemático y lógico-racional, de un lado, y heurística o problemática de otro, se aprecian también en la llamada teoría del proceso dual, la cual permite reubicar los tradicionales pares teoría/práctica, ciencia/filosofía, explicación/comprensión. Debe tenerse en cuenta que siguiendo en especial a William James y su teoría de dos formas de razonamiento (asociativo y verdadero razonamiento) se desarrollará la llamada teoría del proceso dual. Kahneman la sintetiza en su obra *Thinking, fast and slow* (2011).

<sup>43</sup> MORIN, E. (2004), La epistemología de la complejidad, *Gazeta de Antropología*, Nº 20. Disponible en [https://www.ugr.es/~pwlac/G20\\_02Edgar\\_Morin.html](https://www.ugr.es/~pwlac/G20_02Edgar_Morin.html) (Último acceso 16/09/2019), pp. 12 y 13.

<sup>44</sup> Sobre su obra, véase McNABB, D. (2018). *Hombre, signo y cosmos: la filosofía de Charles S. Peirce*, Ciudad de México: FCE.

su artículo “Deducción, Inducción e Hipótesis”<sup>45</sup> la estructura de esas tres formas de inferencia:

“DEDUCCIÓN

Regla: Todas las judías de esta bolsa son blancas

Caso: Estas judías son de la bolsa

Resultado: Estas judías son blancas

INDUCCIÓN

Caso: Estas judías son de esta bolsa

Resultado: Estas judías son blancas

Regla: Todas las judías de esta bolsa son blancas

HIPÓTESIS

Regla: Todas las judías de esta bolsa son blancas

Resultado: Estas judías son blancas

Caso: Estas judías son de esta bolsa”.

Según Peirce, “[I]a hipótesis se da cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa, que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición. O, cuando constatamos que en ciertos aspectos dos objetos guardan una marcada semejanza, e inferimos que se asemejan entre sí notablemente en otros aspectos”<sup>46</sup>. La diferencia entre la deducción y la hipótesis es que en el segundo caso, la regla y el caso no son seguros, solo probables. La diferencia entre la inducción y la hipótesis es que con la primera, “infiere la existencia de fenómenos iguales a los que hemos observado en casos similares, mientras que la hipótesis supone algo de tipo distinto a lo observado directamente, y con frecuencia algo que nos sería imposible observar directamente”. Para Peirce, la mayoría de las teorías de la física son una mezcla de abducción e inducción<sup>47</sup>.

No obstante, y a pesar de sus intentos de formalización, en la descripción que Peirce hace de la hipótesis también la cataloga como una “emoción” con la que se capta el conjunto de los elementos de un problema:

“La hipótesis sustituye una complicada maraña de predicados ligados a un sujeto, por una sola concepción. Pero hay una peculiar sensación perteneciente al acto de pensar que cada uno de estos predicados inhiere [sic] al sujeto. En la inferencia hipotética, este complicado sentimiento así provocado es reemplazado por un sentimiento único mayor de mayor intensidad (...) El resultado es una sola perturbación armoniosa, a la cual denomino emoción. Así, los diversos sonidos producidos por los instrumentos de una orquesta llegan al oído, y el resultado es una peculiar emoción musical, distinta por completo de los sonidos en sí. Esta emoción es esencialmente la misma cosa que una inferencia hipotética (...)”<sup>48</sup>.

La característica de la globalidad está también en los estudios de Wertheimer, integrante e iniciador de la teoría de la *Gestalt*, y se acompaña con la importancia que concede a la intuición y a la reorganización cuando aborda la distinción entre la cognición sistemática y la cognición aporética. En su obra, los pares de la distinción son el pensamiento reproductivo, el cual aplica el conocimiento ya existente, y el pensamiento productivo, que reorganiza aquel tras una intuición o comprensión súbita (*insight*) del problema<sup>49</sup>. La intuición o comprensión súbita supone la captación de la estructura

<sup>45</sup> PEIRCE, Ch. S., “Deducción, inducción, hipótesis”, *Popular Science Monthly* (1978), pp. 705-18. Trad. de Juan Martín Ruíz-Werner. Disponible en [www.unav.es/gep/DeducInducHipotesis.html](http://www.unav.es/gep/DeducInducHipotesis.html). (Último acceso 06/10/2019)

<sup>46</sup> PEIRCE, “Deducción, inducción, hipótesis”, op. cit., p. 3.

<sup>47</sup> PEIRCE, op. cit., p. 9.

<sup>48</sup> PEIRCE, op. cit., p. 10.

<sup>49</sup> WERTHEIMER, E. (1912), “Experimentelle Studien über das Sehen von Bewegung”, *Zeitschrift für Psychologie*, 61. En todo caso, ya Descartes hablaba de la intuición junto a la deducción, las cuales se

general o global de un problema, la toma de conciencia de sus rasgos estructurales, más allá de sus partes constitutivas, lo que lleva a una reinterpretación introspectiva de las soluciones o conocimientos disponibles hasta el momento, esto es, a una “reorganización”. Por lo tanto, no se trata de repetir conductas sino de reconsiderarlas “internamente” para adaptarlas al nuevo problema<sup>50</sup>.

Las ideas de la Gestalt así como la filosofía de Peirce influirán en las aportaciones realizadas por el filósofo y científico estadounidense Michael Polanyi (y, como Polya, también de origen húngaro), al asunto relativo al tipo de cognición que se pone en marcha cuando tratamos de resolver problemas. También estará influido por las investigaciones de Piaget sobre el origen del pensamiento disciplinado u ordenado hacia el saber y las teorías del aprendizaje de los psicólogos estadounidenses Hilgard y Mowrer, quienes distinguen entre el aprendizaje mediante trucos, que implica la reorganización del conocimiento mediante la invención, el aprendizaje mediante signos, que implica una reorganización del conocimiento mediante la observación, y el aprendizaje latente, que implica la reorganización del conocimiento mediante la reinterpretación del conocimiento, tras la comprensión en su conjunto de la situación o problema que se le muestra y del principio que debe guiar su solución<sup>51</sup>.

Para Polanyi, con el aprendizaje latente se van intentando soluciones parciales que no son meras repeticiones de actos aprendidos previamente sino su combinación impredecible hasta que el individuo ve el problema en su conjunto, como un todo nuevo con el que se interconectan a su vez las soluciones parciales que se ofertan como caminos alternativos para resolver el problema. Todo este proceso nace de una intuición o corazonada o conjetura, al que precede una deliberación. Según Polanyi, la inferencia basada en la intuición es un proceso “heurístico” que implica nuevo conocimiento, pero que solo se puede producir una vez, a diferencia de la inferencia deductiva, que puede repetirse o revisarse. Los actos heurísticos constituyen para Polanyi invención, descubrimiento; son actos para “el genio”, a diferencia de las “meras aplicaciones rutinarias del conocimiento establecido”<sup>52</sup>.

Estas ideas constituyen algunos de los presupuestos fundamentales de los estudios sobre la creatividad, provenientes igualmente desde el campo de la psicología. Entre estos estudios resaltan los de Joy Paul Guilford, a quien se debe la distinción, según la forma de responder problemas, entre pensamiento convergente, que genera soluciones a problemas bien definidos, discurrendo sobre la lógica y la memoria, y el pensamiento

---

complementan. La intuición es la que permite conocer de manera inmediata los elementos más simples, mientras que la deducción permite establecer un vínculo entre dos verdades relacionadas. Sobre estas cuestiones, véase BASART MUÑOZ, J. M. (2004). “Conocimiento y método en Descartes, Pascal y Leibniz”. *Ciencia Ergo Sum*, vol. 11, núm. 1, marzo-junio, pp. 105-111

<sup>50</sup> Es conocido el experimento con simios mediante el que Köhler, otro de conspicuo representante de la teoría de la Gestalt, intentó obtener evidencias empíricas acerca de esta forma de percibir la resolución de problemas: mientras los enfrentaba al problema de alcanzar la comida que les puso en el techo, se dio cuenta de que los simios, tras varios intentos fallidos, se detuvieron un momento, tras el cual, amontonaron unas cajas de manera que pudieron alcanzar la comida. Köhler interpretó este comportamiento como un momento de *reflexión*, protagonizado por una comprensión súbita o intuición, por la cual procedieron a reorganizar los conocimientos de que disponían. Sin embargo, no pudo aportar más información o explicitar mejor cómo se producía esa intuición. Sobre estas cuestiones, véase POZO, J. I. (1997), *Teorías cognitivas del aprendizaje*, ed. Morata, 5ª edición, pp. 170 y ss.

<sup>51</sup> Sobre su obra, véase RUZSITS JHA, S. (2002), *Reconsidering Michael Polanyi's Philosophy*, Pittsburgh: Universidad de Pittsburgh, pp. 51 y ss.

<sup>52</sup> POLANYI, M. (1962), *Personal Knowledge. Toward a Post-Critical Philosophy*, Chicago: Universidad de Chicago, pp. 70-79.

divergente, que genera más de una respuesta<sup>53</sup>. En todo caso, y a la hora de resolver problemas, Guilford va más allá de la distinción entre cognición heurística y cognición sistemática, pues sostuvo que se combinaban distintos tipos de aptitudes, las cuales se clasifican a su vez en 3 categorías: la primera se refiere a los contenidos, referidos a los tipos de información. La segunda engloba las operaciones mentales, referidas a procesos o actividades que permiten la conversión de la información en conocimiento, entre las que incluye la cognición, la memoria o almacenamiento de la información, la producción convergente, por medio de la cual se crea información a partir de la ya almacenada y la producción divergente, que crea alternativas nuevas y lógicas. La tercera categoría se refiere a los productos, o formas que adoptan las informaciones procesadas según las distintas operaciones, donde incluye las unidades (objetos, palabras, ideas, etc.), las relaciones (conexiones entre elementos), los sistemas (conjuntos de informaciones organizados de manera interactiva), las transformaciones (cambios en elementos ya dados) y las implicaciones (surgen de informaciones anteriores). Para Guilford, la creatividad se muestra en las transformaciones<sup>54</sup>.

Así pues, comprensión global y súbita de las partes que conforman el problema y reorganización de sus partes conforme a un nuevo principio que guía el hallazgo de su solución son las características básicas de la cognición heurística que los estudios considerados le han ido atribuyendo.

#### **4. Estrategias o heurísticas para delimitar problemas y encontrar respuestas en la planificación de una investigación (también jurídica).**

Si llevamos la distinción entre problemas de encontrar y problemas de probar al ámbito de la planificación de la investigación científica, la cual, para ser tal (es decir, científica), debería desarrollarse según los criterios de la racionalidad estándar, podría decirse que los problemas de encontrar se ubican en la primera fase de la planificación de la investigación, y su respuesta exige encontrar o inventar una solución o hipótesis. Sería, pues, el primer estadio por el que pasa el problema. Una vez delimitado este problema y avanzada su respuesta o hipótesis, deberá reformularse de manera que permita la aplicación de métodos lógico-rationales, que son los considerados adecuados por la prueba científica. En esta forma es como pasa al plan de investigación, y su prueba se hará según la metodología y objetivos, propios de algún sistema o disciplina de conocimiento lógico-rationales, recogidos en el plan.

Esta circunstancia determina, pues, que puedan distinguirse al menos 2 procesos en la investigación que en todo caso se retroalimentan: el que delimita el problema y su solución, y el que prueba esta solución. El primer proceso nos sitúa en la etapa o período de planificación de la investigación, consistente en un proceso que requiere el desarrollo de tareas basadas en muchas de las heurísticas que, como se verá más adelante, se han ido

<sup>53</sup> GUILFORD, P. J. (1950), "Creativity", *American Psychologist* 5 (9), 1950, pp. 444-454. Sobre la obra de Guilford, véase ROMO SANTOS, M. (1987). "Treinta y cinco años de pensamiento divergente. Teoría de la creatividad de Guilford", *Estudios de Psicología*, N° 27-28, pp. 175-192.

<sup>54</sup> También Edward de Bono, psicólogo y defensor del pensamiento creativo, parece ir más allá de esta dualidad entre cognición sistemática y cognición heurística. De Bono distingue el pensamiento reactivo (equivalente a la tradición de pensamiento occidental, basado en la dialéctica y el diálogo y consistente en reaccionar ante un interlocutor) y el pensamiento lateral que propone como guía del pensamiento creativo. Este pensamiento lateral "no juega con (...) piezas sino que busca cambiar las mismas piezas. Está relacionado con la percepción de nuestro pensamiento, ya que es en él donde organizamos el mundo exterior en las piezas que luego 'procesamos'". Entre sus técnicas está la "provocación", que ayuda a producir el cambio. Descripción tomada de <http://www.edwdebono.com/#!/lateral-thinking> (Último acceso: 01/09/2019).

identificando a lo largo de la historia; algunas de ellas se integran expresamente en la misma estructura de los impresos normalizados de planes o proyectos de investigación bajo el epígrafe, por ejemplo, de *revisión de antecedentes o estado del arte*. En esta fase están presentes muchos de los elementos detectados en la cognición heurística o aporética: el estilo de argumentación dialéctico y retórico, con sus criterios de plausibilidad y verosimilitud y el carácter opinable o meramente probable de sus premisas, su aceptabilidad no solo lógico racional sino también sociocultural y funcional dentro de la comunidad científica en que se trabaja y la interacción comunicativa entre sus miembros (quien prepara la investigación, el grupo de trabajo en el que se inserta la misma, quien dirige la investigación, las personas que constituyen las comisiones de evaluación y seguimiento, o las que se ocupan de las actividades formativas que potencien la adquisición o activación de competencias en la búsqueda y tratamiento de datos, valoración de la pertinencia y fiabilidad de estudios previos, o que permitan el contacto con personas con experiencia en investigación, etc.). El segundo proceso de la investigación se refiere a la ejecución de la investigación misma, siguiendo el método de demostración o validación que se haya consignado finalmente en el plan o proyecto de investigación, y a tenor de los objetivos de conocimiento que también se recogen en él y se pretenden alcanzar con la investigación.

Partiendo de estas distinciones, pueden identificarse una serie de acciones o fases en la tarea relativa a la búsqueda de soluciones, lo que se hará teniendo en cuenta la imposibilidad de elaborar un sistema definitivo de heurísticas, dado el carácter, refractario a la sistematización y axiomatización que comporta el tipo de conocimiento que las origina. Este carácter es lo que ha determinado que aparecieran recogidas en repertorios, diccionarios o listados. Tales estrategias obedecen a concretas prácticas históricas pero es posible identificar una serie de operaciones, técnicas o recursos que manifiestan una cierta permanencia. A este respecto, hay que tener en cuenta que ciertas heurísticas se enseñaron durante la antigüedad y la Edad Media como parte de los programas de estudios. Sin embargo, fueron desapareciendo en la Modernidad, que impuso la tradición de una formación donde priman los sistemas y reglas lógico-rationales y una nueva compartimentalización de los saberes, y que terminó por relegar la filosofía, la gramática y la retórica (y dentro de ella la tópica), frente a los saberes positivistas.

En todo caso, la búsqueda y prueba de soluciones es una actividad compleja en la que se superponen diversas acciones cognitivas, por lo que la distinción entre conocimiento aporético y conocimiento sistemático no se da de forma tan nítida en la tarea de encontrar soluciones, pues es difícil hallar una respuesta a un problema sin tener en cuenta las soluciones que ya ofrece el sistema, aunque sea para descomponerlas y recombinarlas o para proceder de forma analógica, que son algunas de las estrategias o heurísticas que se proponen para encontrar soluciones; mucho más aún cuando se habla de problemas científicos. De este modo, las heurísticas no operan o se sitúan directamente entre el problema y el sujeto, sino que se combinan con los conocimientos sistemáticos y lógico deductivos que también tenga el sujeto. Por lo tanto, la distinción entre ambos tipos de conocimiento debe tener también, a su vez, un carácter provisional y funcional, dinámico e histórico.

En este sentido, podemos comenzar agrupando las estrategias para la búsqueda de soluciones en I) tareas y II) procedimientos y recursos para el desarrollo de las mismas<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> La diferencia entre tarea y técnica es complicada en este contexto pero se tomarán siguiendo su significado en el lenguaje natural, según se recoge en el diccionario de la RAE. Así, por tarea se entenderá *trabajo* y por técnica se entenderá *el conjunto de procedimientos y recursos para llevarlo a cabo*.

Entre I) las tareas estaría 1) hacerse consciente o ser sensible a las contradicciones, sorpresas o dudas y plantearlas como un problema o pregunta de investigación. La siguiente tarea consistiría en 2) asegurarse de si tal problema puede resolverse aplicando las soluciones ofertadas por los principios y métodos de una concreta disciplina científica o área suya, respecto de la cual se supone un conocimiento avanzado (no de otra forma podrá aplicarse el punto de vista propio de su sistema de principios y estructuras de razonamiento lógico para la resolución de algún problema). De poder resolverse de esta manera serían problemas rutinarios (en la acepción ya vista de Polya) que no precisan encontrar o inventar soluciones pues estas ya existen y basta aplicarlas en su formulación habitual. Si se concluye en que ese conjunto de principios y reglas de cálculo disponibles en una determinada disciplina científica no ofrece soluciones inmediatas y por lo tanto, su punto de vista no permite resolver el problema en la forma en que se ha planteado se pasará, 3) a remodelar el problema, para ver si encaja en el punto de vista del sistema escogido. Si no, se puede desechar definitivamente el problema o, 4) reconsiderar el problema desde otros puntos de vista, lo que puede llevar a cambiar de disciplina o sistema lógico-racional en su tratamiento, ó 5) remodelar incluso ese sistema<sup>56</sup>. Sin duda, esta es la tarea más difícil de justificar en una investigación científica, pues supone cuestionar elementos o incluso un sistema completo de principios y métodos que, además, suele estar institucionalizado, y sustituirlo por otros nuevos, aunque sean una adaptación o modulación de otros ya existentes. En todo caso, sería recomendable 6) una tarea de revisión periódica de los progresos que se van haciendo, hacia la reformulación final del problema y su solución para integrarlos en el plan de investigación.

En cuanto a II) los procedimientos y recursos para llevar a cabo estas tareas, comenzaremos haciendo referencia a los relativos a las tareas 1) (hacerse consciente o ser sensible a las contradicciones, sorpresas o dudas y plantearlas como un problema o pregunta de investigación), y 2) (asegurarse de que tal problema puede resolverse aplicando las soluciones ofertadas por los principios y métodos de una concreta disciplina científica). En relación a los posibles procedimientos y recursos para realizarlas, puede señalarse a) la revisión de antecedentes y situación actual del conocimiento en torno al problema o *estado del arte* de la ciencia o rama o disciplina de la ciencia en que, inicialmente, nos hemos situado para desarrollar nuestra investigación<sup>57</sup>. Para detectar cuál es esta disciplina, y al margen de la formación disciplinar que tenga quien investiga, conviene b) tener en cuenta el programa de doctorado en que se está o la disciplina en que se enmarca la publicación científica a la que nos dirigimos. A este respecto, también habría que tener en cuenta si c) cabe una investigación multidisciplinar. Esto ocurre forzosamente en el caso de proyectos de investigación multi o interdisciplinarios, y entonces d) habrá que tener en cuenta si esa interrelación está formalizada en alguna

---

<sup>56</sup> Estas 3 tareas que se proponen, cuando el sistema no ofrece de manera directa una solución y que se han numerado como 4), 3) y 6), se inspiran en el tipo de acciones que según Piaget se producen cuando no se encuentra solución a un problema, y que según POZO MUNICIO, J. I., *Teorías cognitivas del aprendizaje*, op. cit., pp. 177 y ss., son: 1) ignorarla, pasando a considerar el problema irrelevante (o irresoluble) para la disciplina o sistema en que se inserta; 2) aceptarla integrándola en las estructuras sin modificarlas; 3) modificarlas reconstruyéndolas.

<sup>57</sup> A este respecto, hay que tener en cuenta que la revisión del estado de conocimiento es una tarea que se recomienda o se exige en bastantes ocasiones para la presentación de planes o proyectos de investigación (véanse los enlaces recogidos en la nota a pie de página 1), y a la que conviene dedicar tiempo. En el caso de los planes de investigación para la realización de una tesis doctoral, su presentación y defensa se suele realizar al final del primer año de los estudios de doctorado, lo que significa que se dispone de bastantes meses para llevar a cabo tal revisión, lo que permitirá profundizar en los principios y conceptos de la disciplina o disciplinas concernidas, así como en sus métodos específicos, necesarios para pasar a expresar la solución en forma de una hipótesis a cuya prueba se dirigirá la investigación subsiguiente.

nueva disciplina, o no lo está y hay que e) articularlas ad hoc, mediante la adición y conciliación de sus métodos, conceptos o principios generales. En tal caso, f) deberá acompañarse de su justificación en relación a algún tipo de paradigma o tradición de investigación, consolidada o emergente, que por servir de contexto epistémico más general a las disciplinas consideradas, haga inteligible su conciliación<sup>58</sup>. Sin embargo, es muy posible que los procedimientos e) y f) nos estén llevando más bien a realizar un trabajo o tarea de remodelación del propio sistema (tarea 5).

De manera más específica, para la tarea 3) de modulación del problema, a fin de que encaje en el punto de vista del sistema de conocimientos disciplinares disponible, se pueden aplicar procedimientos dirigidos a la variación del problema. En este sentido, se suele proceder, como lo expresaba Polya, “dándole vueltas en nuestra cabeza de manera incesante”, lo que se consigue a) “descomponiendo y recomponiendo sus elementos”, b) “volviendo atrás para redefinir algunos de sus términos”; o recurriendo a “grandes recursos” como c) “la generalización”, d) “la especialización” y e) “la analogía”. Puede también ocurrir que “la introducción de variaciones en el problema nos conduzca” hasta “elementos auxiliares, o al descubrimiento de “un problema auxiliar más accesible” cuya solución nos sea más fácil encontrar. Y es que, la solución del problema pasa por escoger el aspecto correcto del mismo “atacando la fortaleza en su lado accesible”, lo que puede hacerse mediante acciones de contacto llamadas “asociaciones mentales”: “variando el problema introducimos nuevos puntos y así creamos nuevos contactos, nuevas posibilidades de contactar con elementos relevantes para nuestro problema”<sup>59</sup>.

Para el desarrollo de las tareas 4) y 5), es decir, la tarea de modulación del problema y la de modulación del sistema, que pueden intercalarse y retroalimentarse, es útil tener en cuenta como posibles procedimientos para su desarrollo lo que Piaget consideraba como respuestas a las situaciones de desequilibrio que se producen entre la nueva información que recibimos del medio y su comprensión a través de los esquemas conceptuales que poseemos, y que son respuestas dirigidas a adaptar recíprocamente problema y sistema<sup>60</sup>. Tal adaptación mutua se puede producir a partir a) de un análisis intraobjetal

<sup>58</sup> Sobre estas distinciones, véase CHAMPEIL-DESPLATS, V. (2014), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, col. Méthodes du Droit, París: Dalloz, pp. 340-350 ; y OST, F y VAN DE KERCHOVE, M. (1987). « Comment concevoir aujourd’hui la science du droit ? » en *Déviance et Société*, vol. 11., Nº 2, pp. 188-189.

<sup>59</sup> POLYA, op. cit., pp. 131 y 209-210. La traducción es mía. Estas técnicas siguen en última instancia la tradición de la tópica de Aristóteles (aunque simplificándola), quien ya se había referido a los 4 procedimientos instrumentales en la búsqueda de estas soluciones: “a) el descubrimiento y la captura de premisas o proposiciones iniciales; b) la distinción de las diversas denominaciones de las cosas y la diferenciación de las distintas categorías; c) el descubrimiento de las diferencias de géneros y tipos; d) el descubrimiento de analogías o semejanzas en los diferentes géneros” (VIEHWEG, op. cit., p. 37). Por su parte, y partiendo de Aristóteles, también Cicerón se había referido a ellas (y ofertando a los juristas un elenco más amplio que el que Polya oferta a sus estudiantes de matemáticas), cuando aludía a los tópicos que él llama “científicos o técnicos”, los cuales se refieren al todo o a determinados aspectos. “Cuando (...) toman en consideración el todo, lo hacen como tal todo (definición), a la vista de sus partes (división) o a la vista de su denominación (etimología). Cuando (...) toman en consideración determinados aspectos, se trata o bien de conexiones lingüísticas (afinidad de palabras) o bien de (...): a) género; b) especie; c) semejanza; d) diferencia; e) contraposición; f) circunstancias concurrentes (previas, subsiguientes, contradictorias); g) causa; h) efecto; i) comparación” (elenco tomado de VIEHWEG, op. cit., p. 42). Las propuestas combinatorias de Llull y Leibniz o la descomposición o división a la búsqueda de la parte de cuya verdad no se duda y luego posterior recomposición que recomendaba Descartes (las reglas del análisis y de la síntesis) aluden también a técnicas habituales en la cognición heurística o aporética. Véase DESCARTES, R. (1993). *Discurso del método. Meditaciones metafísicas*. Madrid: Espasa Calpe, pp. 55 y 56.

<sup>60</sup> POZO MUNICIO, J. I., *Teorías cognitivas del aprendizaje*, op. cit., pp. 177 y ss.

(descubriendo propiedades en los objetos o hechos analizados), b) interobjetal (estableciendo relaciones entre lo que se ha descubierto) y c) transobjetal (componiendo un sistema o estructura total a través de la interconexión entre esas relaciones). Para el desarrollo de estos procedimientos, que nos llevan también al análisis y síntesis o descomposición y recomposición de objetos, hechos, conceptos, teorías y métodos, se pueden utilizar también los procedimientos recomendados para la realización de la tarea 3).

En cuanto a la tarea 6), de revisión de las formulaciones y reformulaciones que va experimentando el problema y su solución, se deben desplegar a) procedimientos de control sobre la coherencia entre problema y solución y el resto de las partes del plan, como el marco teórico y conceptual, la metodología de prueba de la solución, los objetivos de la investigación y la organización temporal de la misma, a fin de que confluya en el plazo dado al desarrollo de la investigación<sup>61</sup>. En todo caso y como indicaba Peirce, como una de las reglas para la construcción de hipótesis, “los fracasos tanto como los éxitos de las predicciones deben reseñarse honradamente. El procedimiento entero tiene que ser franco e imparcial”<sup>62</sup>. Llevar b) un diario o cuaderno de bitácora de la investigación puede resultar de ayuda para consignar los avances o retroceso. En relación a esta tarea 6), también es útil c) trasladar las formas que va adoptando la solución a algún lenguaje lógico-formal o al menos el lenguaje especializado propio de la disciplina científica en que se enmarque la investigación (tecnolecto). A este respecto es útil identificar lo que opera como premisa o punto de partida y lo que opera como conclusión o solución<sup>63</sup>.

Por otra parte, todas estas tareas pueden canalizarse mediante la formulación de preguntas, conforme a la tradición que siempre ha informado la tópica o las heurísticas, en cuanto que, para descubrir el tópico que se empleará, se consideraba muy importante también el “arte de preguntar”<sup>64</sup>. Este arte quedó ilustrado en los Diálogos de Platón, donde Sócrates lo desarrollaba de manera magistral, dando lugar a su famoso método de la mayéutica, cuyo uso puede contextualizarse en el seno de un proceso cognitivo más amplio que el de método docente o de aprendizaje escolar; es decir, que su uso puede y debe contextualizarse en el seno del proceso más amplio de la búsqueda de soluciones para problemas del conocimiento en general y del científico en particular. Así, podrían tenerse en cuenta algunas preguntas que propone Polya: 1) “¿Qué es lo desconocido?” 2) “¿Podrías redefinir el problema?” 3) “¿Conoces otro problema con el que tenga relación?” 4) “¿Puedes derivar el resultado de otra forma?” 5) “¿Podrías derivar algo útil de los datos?” 6) “¿Has utilizado todos los datos?” Como (en la forma en que en estas páginas se está considerando) la búsqueda de soluciones al problema de investigación es solo una fase de la planificación de la investigación conducente a su prueba, que deberá luego

<sup>61</sup> De alguna manera, esta estrategia coincide con la famosa cuarta regla del método de DESCARTES, op. cit. pp. 55 y 56: la de la enumeración, que recomienda revisar los pasos que se hayan venido dando.

<sup>62</sup> PEIRCE, op. cit., p. 6.

<sup>63</sup> Por ejemplo, nos ayudan a expresar y reconocer premisas expresiones como “puesto que”, “ya que”, “puede derivarse de”; mientras que para las conclusiones son útiles expresiones como “por lo tanto”, “de ahí que”, “se sigue que”, “lo que implica”... Sobre estas cuestiones, véase COPI, I. M. y COHEN, C. (2007). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Limusa, pp. 36 y 37. Sigue siendo también muy útil tener en cuenta en esta fase los esquemas argumentales lógicos y cuasilógicos (argumento de autoridad, argumento mediante ejemplos, argumento mediante analogía, argumentos acerca de las causas, *modus ponens*, *modus tollens*, silogismo hipotético, silogismo disyuntivo, dilema o reducción al absurdo) que Anthony Weston proponía a sus estudiantes hace ya 25 años para la redacción de sus trabajos de investigación, en WESTON, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel, pp. 33 y ss.

<sup>64</sup> Véase VIEHWEG, op. cit., p. 39, en relación a la Tópica de Aristóteles.

ejecutarse, es conveniente no perder de vista que conduzca a una investigación realizable, lo que puede reflejarse en preguntas como: 7) “¿Puedes verificar [o probar de alguna forma] el resultado?”<sup>65</sup>.

Tales preguntas y otras que puedan derivarse de una necesidad de especificación mayor conforme a las heurísticas propias de cada disciplina pueden formularse y responderse, como ya se indicó, en el contexto interactivo y comunicativo de la comunidad científica. Este contexto permite también que el proceso de planteamiento del problema y el hallazgo de su solución se apoye en otro elemento: la aceptabilidad de la comunidad en que se formulan y responden las preguntas, especialmente útil para saber hasta *dónde está permitido* remodelar el sistema (desde el punto de vista epistémico pero también de la disciplina o disciplinas institucionalizadas) para introducir nuevos puntos de vista en la consideración del problema. Recuérdate aquí una de las reglas que apuntaba Peirce para la construcción de hipótesis: “La hipótesis ha de presentarse expresamente como una cuestión a discutir, antes de hacer las observaciones que atestiguan su verdad”<sup>66</sup>.

Igualmente, para la realización de todas las tareas y procedimientos apuntados, es posible apoyarse en figuras o esquemas<sup>67</sup>, y en un uso adecuado del lenguaje natural. También es altamente recomendable servirse de los marcadores del discurso, que realizan funciones o permiten establecer conexiones de unión, separación/contraste, causa, efecto o consecuencia, condición, comparación, finalidad, tiempo, localización, distribución, certeza, ilustración, afirmación, etc.<sup>68</sup>

Algunas veces se ha recurrido a refranes o dichos populares para describir estas tareas y técnicas<sup>69</sup>. En este sentido, representan consejos basados en la experiencia cotidiana de resolver problemas, lo que, lejos de ser una frivolidad, entronca con la dimensión plausible en cuanto que aceptable -la el sentido común- de los razonamientos heurísticos. Incluso también cabe recurrir a los aforismos o proverbios que emanan de las prácticas

<sup>65</sup> POLYA, op. cit., pp. XI-XV y 130 y 131. La realización de preguntas se contempla expresamente en la estructura de algunos métodos científicos específicos, como ocurre con el estudio de casos. Según YIN, R. (2003). *Case study research. Design and methods*. California, Londres, Nueva Delhi: Sage Publications, pp. 141 y ss., entre las partes que debe incluir este método se encuentra la elaboración de una lista de preguntas que guíen la investigación.

<sup>66</sup> PEIRCE, op. cit., p. 6.

<sup>67</sup> POLYA, op. cit., pp. 131-132

<sup>68</sup> Según PORTOLÉS, J. (1993) “La distinción entre los conectores y otros marcadores del discurso en español”, *Verba*, 20, pp. 141-170, los marcadores del discurso, que pueden ser desde palabras o sintagmas a frases completas, sirven para relacionar constituyentes del texto modificándolos, organizándolos o conectándolos lógicamente o indicando la actitud de quien emite el mensaje.

<sup>69</sup> POLYA, op. cit., pp. 221-225, clasifica tales refranes, que él toma de la cultura popular estadounidense, según la fase en que nos encontremos en la delimitación del problema y el hallazgo de su solución y en la planificación para llevar esto a cabo: los refranes que se refieren a la comprensión del problema, los relativos a la planificación para encontrar la solución, los relativos a la organización y selección de los tiempos para llevar a cabo cada tarea, y los relativos a la revisión de la solución. En el refranero expresado en lengua castellana también es posible encontrar estas pautas: para la comprensión del problema, bien pueden tenerse en cuenta refranes como “De donde no hay, no se puede sacar” o “Mejor consultarlo con la almohada” o “Por el hilo se saca el ovillo”; para la planificación a fin de encontrar la solución y la organización de los tiempos para llevar a cabo esta tarea, pueden tenerse en cuenta refranes como “A quien madruga Dios le ayuda”, “Vísteme despacio que tengo prisa”, “Quien no se aventura no pasa el mar”, “El que algo quiere, algo le cuesta”, “Del dicho al hecho hay mucho trecho”, “Coser y cantar, todo es empezar”, “Poco a poco se llega antes” o “El que mucho abarca poco aprieta”; y para la revisión de la solución, pueden citarse “Haciendo y deshaciendo se va aprendiendo”, “El mejor escribano hecha un borrón”, “Cada moneda tiene dos caras”, “De lo que no veas ni la mitad te creas”, “Después de la tempestad viene la calma” o “Rectificar es de sabios”.

propias de una determinada comunidad académica, al margen también de sus métodos lógico-deductivos. De este tipo podría ser “la solución más simple suele ser la más probable” o *navaja de Occam*<sup>70</sup>.

Las tareas y procedimientos aludidos hasta ahora pueden resumirse así:

1. Hacerse conscientes de la contradicción o desequilibrio y plantearlo como un problema o pregunta de investigación.
2. Asegurarse de que si tal problema puede resolverse aplicando las soluciones ofertadas por los principios y métodos de una concreta disciplina científica.

Las tareas 1 y 2 pueden llevarse a cabo mediante:

- a. Revisión del estado del conocimiento.
  - b. En consideración de una disciplina específica o sub-área de aquella, en la que se enmarcará la investigación y de la que se presume un conocimiento avanzado.
  - c. En consideración de si cabe una investigación desde varias disciplinas.
  - d. En consideración de si esa interrelación está o no formalizada en alguna nueva disciplina.
3. Remodelar o variar el problema, para ver si encaja en el punto de vista del sistema escogido, mediante:
    - a. Descomposición (análisis) y recomposición (síntesis) de sus elementos, lo que puede hacerse teniendo en cuenta
      - i. Género
      - ii. Especie
      - iii. Semejanza
      - iv. Diferencia
      - v. Contraposición
      - vi. Circunstancias concurrentes (previas, subsiguientes, contradictorias)
      - vii. Causa
      - viii. Efecto
      - ix. Comparación
    - b. Redefinición de términos, lo que puede hacerse teniendo en cuenta
      - x. Sus partes
      - xi. Su etimología
    - c. Búsqueda de un problema auxiliar más accesible cuya solución sea más fácil de encontrar
  4. Reconsiderar el problema desde otros puntos de vista o sistemas, lo que puede hacerse mediante:
    - a. Adición y conciliación de métodos, conceptos y principios generales de diferentes disciplinas.
    - b. Justificación en relación a algún tipo de paradigma o tradición de investigación común.

---

<sup>70</sup> A este respecto, POLYA, op. cit., pp. 191-197 recomienda y explica por qué no debe prestarse atención a otros aforismos como el de “la excepción confirma la regla”, que él considera “un chiste o broma” ya que lo que hace es justamente refutarla.

5. Remodelar el punto de vista o sistema, mediante:
  - a. Descubrimiento de propiedades en los objetos o hechos analizados,
  - b. Establecimiento de relaciones entre lo que se ha descubierto.
  - c. Interconexión entre esas relaciones.

Las tareas 4 y 5 pueden llevarse a cabo aplicando también los procedimientos recomendados para la tarea 3.

6. Revisar periódicamente los progresos que se van haciendo en el planteamiento del problema y la generación de la solución o hipótesis, mediante:
  - a. Control sobre la coherencia entre problema y solución y el resto de las partes del plan (marco teórico y conceptual, metodología de prueba de la solución, objetivos de la investigación y organización temporal de la misma).
  - b. Consignación de los avances y retrocesos en un diario o bitácora de la investigación.
  - c. Traslación de las formas que va adoptando la solución a algún lenguaje lógico-formal, si es posible, y al lenguaje especializado propio de la disciplina.

La realización de las tareas 1-6 puede apoyarse en:

- a. Formulación de preguntas guía
- b. Uso de figuras o esquemas
- c. Uso moderado y cauteloso (prudente) de refranes, proverbios o aforismos
- d. Atención a los marcadores del discurso del lenguaje natural.

Se llega así al campo específico de la ciencia del derecho, que tomamos en la acepción ya apuntada de dogmática jurídica, y de la que cabe recordar su carácter originario de saber práctico conectado a la prudencia y, de manera amplia, a la tradición de conocimiento heurístico, aunque haya incorporado los esfuerzos por erigirse también en un conocimiento sistemático. Y a este respecto, cabe ciertamente situar a Vieweg como la figura que en el siglo XX recupera de manera específica -y no exenta de críticas- esta dimensión del saber jurídico. Se trata de un esfuerzo que merece la pena subrayar y reivindicar nuevamente por su conexión con la epistemología jurídica, en la medida en que nos ayuda a identificar algunas estrategias muy útiles para la planificación de una investigación en este ámbito del saber.

Tomando como punto de partida que el problema general del derecho es determinar lo justo aquí y ahora, Viehweg apuntó algunos recursos o herramientas (tópicos); si bien se trataba de recursos dirigidos a generar soluciones, más que a delimitar o plantear problemas. Así, tras el análisis de diversos comentarios, compendios y otros textos jurídicos aparecidos a lo largo de la historia, y relativos al *ius civile*, al *mos italicus* o la doctrina de derecho civil de su tiempo (los cuales le sirven a su vez para ilustrar las diferencias entre un pensamiento sistemático y un pensamiento tópico o aporético), Viehweg detectó una serie de tópicos que iban desde cánones de interpretación hasta las mismas normas jurídicas, pasando por las máximas o refranes jurídicos, el sentido común o los mismos principios generales del derecho; desde los “generalia” utilizados por el *mos italicus*, hasta la buena fe, el principio de protección de confianza, la noción de interés desarrollada por Ihering o los mismos conceptos jurídicos<sup>71</sup>.

Viehweg procede en esta exposición, que abarca elementos muy dispares, de manera asistemática, lo que no podía ser de otro modo, en atención al tipo de cognición a la que

---

<sup>71</sup> VIEHWEG, op. cit.

se refiere (heurística o aporética). No busca ofrecer un elenco riguroso sino más bien ilustrativo de una forma de proceder que, además, debe adaptarse a cada época. No obstante, sin olvidar las aportaciones de Viehweg y teniendo en cuenta las estrategias sugeridas anteriormente para la investigación científica en general, que también sirven a la investigación científico-jurídica, es posible concretar más la aplicación de tales estrategias teniendo en cuenta el tipo de problemas que normalmente ha ido abordando la ciencia jurídica (que, recordemos, se ha tomado aquí en su forma predominante de dogmática jurídica), desde *su* punto de vista y el tipo de soluciones que puede ofertar desde sus métodos y marco teórico y conceptual.

Una clasificación de estos problemas puede extraerse del estudio de Courtis sobre la investigación dogmática bajo un más que sugerente título: “El juego de los juristas”. Allí identifica una serie de problemas específicos que pueden organizarse de la siguiente manera: 1) problemas de indeterminación lingüística (ante la presencia de vocablos para designar categorías, conceptos o instituciones jurídicas, tomados del lenguaje natural o ante la ambigüedad y multivocidad que alcanzan algunos vocablos jurídicos según las ramas de la ciencia jurídica); 2) problemas relativos a la racionalidad interna del derecho (por ejemplo, antinomias, lagunas, etc.); 3) problemas relativos a la diferente estructura de la norma (que a veces se presenta como regla o estándar de conducta directamente aplicable y otras veces no, lo que ocurre cuando adopta una estructura de principio); 4) problemas axiológicos relativos a la indeterminación de los valores del derecho y su relación con los valores de otros sistemas normativos como la moral; 5) problemas en torno a las fuentes del derecho (cuáles son y qué relaciones se establecen entre ellas)<sup>72</sup>.

En cuanto a los tipos de respuestas o soluciones que la ciencia del Derecho ha dado a estos problemas, dentro de los límites de sus métodos y marco teórico y conceptual, estas pueden agruparse a su vez en 3 categorías (no excluyentes entre sí): 1) aplicar las soluciones ya dadas por la legislación, la jurisprudencia y/o la doctrina jurídica; 2) reinterpretar las soluciones legales, jurisprudenciales y doctrinales dadas con anterioridad a problemas similares o análogos; 3) proponer cambios en la legislación, la jurisprudencia y/o la doctrina jurídica<sup>73</sup>.

De esta manera, si es posible que la disonancia o contradicción que se nos presenta de manera imprecisa encajen en alguno de los tipos de problemas anteriormente indicados como los habitualmente tratados por las ramas de la ciencia jurídica, entonces se puede pasar a buscar su solución en el seno de la dogmática jurídica, lo que se hará en atención a las tipologías de soluciones igualmente apuntadas. En todo caso, una revisión de esta solución, cotejándola con estudios e investigaciones previas y actuales, nos permitirá garantizar que es posible desarrollar la investigación dentro del punto de vista de la dogmática jurídica. Si no es posible reconducir la formulación del problema y su solución a ese punto de vista porque eso podría implicar no tener en cuenta todos sus datos, entonces se buscarán otros puntos de vista, proporcionados por otras disciplinas científicas, por ejemplo, las más afines al menos por su objeto (comportamientos humanos) a la dogmática jurídica. Estas suelen ser habitualmente la filosofía y las ciencias sociales, y su interconexión nos puede llevar a enfoques o puntos de vista como el de la

<sup>72</sup> COURTIS, C. (2006), “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en COURTIS, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prólogo de Manuel Atienza, Madrid: Trotta, pp. 106-108.

<sup>73</sup> En este contexto se entiende la expresión “legislación” en un sentido amplio, de manera que incluiría los textos normativos que emanan de los organismos públicos que tienen poder para normar *erga omnes*, en los diferentes niveles geográficos y competenciales (Estado español, Comunidades Autónomas, Unión Europea y otras organizaciones de Estados, etc.).

Filosofía del Derecho, la Historia del Derecho o la Sociología del Derecho, que implican ya tratamientos trans-disciplinares institucionalizados. Otros como la Antropología del Derecho, el Bioderecho o el Neuroderecho aparecen en un estadio menos institucionalizado, lo cual nos lleva a pensar más en una situación cercana al sincretismo o al eclecticismo. Ni qué decir tiene que para delimitar el problema y buscar su solución de acuerdo a los puntos de vista propios de otras disciplinas, habrá que conocer bien sus métodos y sistema de principios, pues de lo contrario no se estará en condiciones de resolver el problema desde aquellos.

En todo caso, y en relación a la multi, inter o y transdisciplinariedad del conocimiento jurídico tradicionalmente cultivado por juristas en las Facultades de Derecho españolas, hay que tener en cuenta que su actual división en áreas<sup>74</sup>, supone una profunda compartimentalización de la ciencia jurídica, lo que en muchas ocasiones dificulta un tratamiento coherente y complejo de problemas jurídicos<sup>75</sup>. Por otra parte, y si se opta por ampliar la perspectiva o punto de vista de las distintas ramas de la dogmática jurídica acudiendo a las ciencias sociales empíricas, había que estar a las conexiones que vienen produciéndose ya. Según señalaba Bobbio, al igual que la Ciencia del Derecho, también la Sociología, la Antropología, la Politología y la Psicología tienen como objeto de conocimiento la relación entre reglas y comportamientos. Por esta razón, la primera debe mantener contactos con las otras. De esta manera, y como ya indicaba Bobbio, al lado de cada ciencia jurídica tradicional hay una disciplina de comportamiento humano "que la sigue como su propia sombra", y con la que debe mantener una relación de interdisciplinariedad: así ocurre, por ejemplo, entre el Derecho constitucional y la Ciencia política; el Derecho administrativo, las Ciencias de la administración y la Sociología de la organización; el Derecho penal y la Criminología; el Derecho internacional y las Relaciones Internacionales; el Derecho del Trabajo y el Derecho mercantil con las diversas disciplinas económicas así como la Sociología industrial y del trabajo, etc.<sup>76</sup>

## 5. Conclusiones.

Podemos concluir, pues, que las técnicas y recursos aplicables a la búsqueda de soluciones o hipótesis a problemas de investigación, también en la ciencia jurídica, activan un tipo de conocimiento, heurístico o aporético, que puede considerarse como diferente, aunque no contrapuesto sino complementario, del lógico-racional. Tales técnicas parecen mostrar una cierta continuidad o permanencia en el tiempo, que se aprecia en la obra de quienes se ocuparon de ellas, aunque puede decirse que también le aportaron la impronta de las experiencias históricas y disciplinares en que vivieron. Como también parece que la habilidad en su utilización mejora igualmente con el tiempo y la experiencia, no resultará

<sup>74</sup> El actual catálogo de áreas de conocimiento científico jurídico está disponible en [http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ayudas/PE\\_2013\\_2016/PE\\_Promocion\\_e\\_Incorporacion\\_Talento\\_y\\_su\\_Empleabilidad/FICHEROS/SE\\_Incorporacion/Ayudas\\_contratos\\_RYC\\_2016/Clasificacion\\_areas\\_cientificas\\_2016\\_AEI.pdf](http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ayudas/PE_2013_2016/PE_Promocion_e_Incorporacion_Talento_y_su_Empleabilidad/FICHEROS/SE_Incorporacion/Ayudas_contratos_RYC_2016/Clasificacion_areas_cientificas_2016_AEI.pdf) (último acceso: 17/10/2019), e incluye las siguientes: Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho internacional Privado, Derecho internacional Público y relaciones Internacionales, Filosofía del Derecho, Derecho Financiero y Tributario, Historia del Derecho, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Romano, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Derecho de la Unión Europea.

<sup>75</sup> No obstante, puede decirse que esta compartimentalización está en cuestión si tenemos en cuenta cómo los actuales programas de doctorado o la delimitación de temas o materias de interés para la concesión de ayudas a la investigación no atienden a estas distinciones entre áreas de conocimiento jurídico y más bien fomentan su colaboración.

<sup>76</sup> BOBBIO, N. (1981), "Derecho y Ciencias Sociales", en *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, ed. cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres- Editor, pp. 235.

desacertado cerrar estas páginas con un conocido refrán que, con cautela y precaución, bien podría tomarse como una heurística básica: que sabe el diablo más por viejo que por diablo.

### **Bibliografía.**

- ALEXY, R. (2001). *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2ª edición actualizada, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ANDRÉU ABELA, J. (2002). *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada*. Fundación Centro Estudios Andaluces.
- BASART MUÑOZ, J. M. (2004). “Conocimiento y método en Descartes, Pascal y Leibniz”. *Ciencia Ergo Sum* vol. 11 nº 1, marzo-junio.
- BOBBIO, N. (1981). “Derecho y Ciencias Sociales”, en *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres- Editor
- BUENO, G. (1978). “En torno al concepto de ciencias humanas”, *El Basilisco* nº 2.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. (2014). *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, col. Méthodes du Droit, París: Dalloz.
- COPI, I. M. y COHEN, C. (2007). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Limusa.
- CORTÉS DE LOS RÍOS, M. E. y CRUZ MARTÍNEZ, M. S. (2000-2001). “El análisis del Género del Artículo de Investigación”, *Revista de Lenguas para fines específicos* nº 7 y 8, pp. 33-50.
- COURTIS, C. (2006). “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en COURTIS, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prólogo de Manuel Atienza, Madrid: Trotta, 2006.
- CSIKSZENTMIHALYI, M. (1988). “Solving Problems is Not Finding a New One: A Reply to Herbert Simon”, *New Ideas of Psychology* vol. 6 nº 2.
- CSIKSZENTMIHALYI, M. (1995). *Creativity*, Harper Collins, New York.
- DESCARTES, R. (1993). *Discurso del método. Meditaciones metafísicas*. Madrid: Espasa Calpe.
- DEWEY, J. (1989). *Cómo pensamos*, ed. Paidós, Barcelona.
- DILLON, J. T. (1982). “Problem finding and solving”, *The Journal of Creative Behavior* Vol. 16 nº 2.
- EISENMANN, Ch. (2002). “El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del Derecho”, en LAPORTA, F. J. (ed.), *La enseñanza del Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 6.

- FESTINGER, L. (1975). *Teoría de la disonancia cognoscitiva*. Instituto de Estudios Políticos.
- FONSECA-PATRÓN, A. (2016). “El debate sobre las heurísticas. Una disputa sobre los criterios de buen razonamiento entre la Tradición de Heurística y Sesgo y la Racionalidad Ecológica”. *Revista Valenciana, estudios de filosofía y letras* 9. 87. 10.15174/rv.v0i17.178.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1988). *Teorías de la Tópica Jurídica*, Madrid: Civitas-Universidad de Oviedo.
- GARCÍA GARCÍA, E. (2007). “Teoría de la mente y ciencias cognitivas”, en L. FEITO GRANDE (ed.), *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- GETZELS J.W. & CSIKSZENTMIHALYI, M. (1976). *Creative vision: A longitudinal Study of problem finding in art*, Wiley, Nueva York.
- GETZELS, J. W. y CSIKSZENTMIHALYI, M. (1975). “From problem solving to problem finding”, en TAYLOR, I. y GETZELS, J. W., *Perspectives in creativity*, Aldine, Chicago.
- GÓMEZ RAMOS, A. (2007). “Asombro, experiencia y forma: los tres momentos constitutivos de la filosofía”, *Convivium* nº 20, pp. 3-22.
- KENNEDY ARLIN, P. (1990). “Wisdom: the art of problem finding”, en R. J. Stenberg (ed.), *Wisdom. Its nature, origins and development*, Cambridge University Press.
- GUILFORD, P. J. (1950). “Creativity”, *American Psychologist* 5 (9), 1950, pp. 444-454.
- KAHNEMAN, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011.
- McNABB, D. (2018). *Hombre, signo y cosmos: la filosofía de Charles S. Peirce*, Ciudad de México: FCE.
- MOSTERÍN, J. Y TORRETTI, R. (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza editorial.
- MORIN, E. (2004). La epistemología de la complejidad, *Gazeta de Antropología* nº 20. Disponible en [https://www.ugr.es/~pwlac/G20\\_02Edgar\\_Morin.html](https://www.ugr.es/~pwlac/G20_02Edgar_Morin.html) (último acceso: 16/09/2019).

- NUBIOLA, J. (2001). “La abducción o la lógica de la sorpresa”, *Razón y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Tópicos de Comunicación* n° 21, marzo. Disponible en: [http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n21/21\\_jnubiola.html](http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n21/21_jnubiola.html) (último acceso: 07/10/2019).
- OST, F y VAN DE KERCHOVE, M. (1987). «Comment concevoir aujourd’hui la science du droit ?» en *Déviance et Société* vol. 11 n° 2.
- PECZENIC, A. (2005). “Scientia Juris, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law” (vol. 4), en PATTARO. E. (ed.), *A treatise of Legal Philosophy and general Jurisprudence*, Dordrecht: Springer.
- PEIRCE, Ch. S. (1978). “Deducción, inducción, hipótesis”, *Popular Science Monthly*, pp. 705-18. Trad. de Juan Martín Ruíz-Werner (Último acceso 06/10/2019)
- PIAGET, J. (1991). *Introducción a la epistemología genética*, Paidós.
- PIAGET, J. (1978). *La equilibración de las estructuras cognoscitivas. Problema central del desarrollo*, Siglo XXI, Madrid.
- POLANYI, M. (1962). *Personal Knowledge. Toward a Post-Critical Philosophy*, Chicahó: Universidad de Chicago.
- POLYA, G. (1971). *How to solve it. A new aspect of Mathematical Method*. Princeton University Press, Princeton.
- POPPER, K. (1972). *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona: Paidós.
- PORTOLÉS, J. (1993) “La distinción entre los conectores y otros marcadores del discurso en español”, *Verba* 20
- POZO MUNICIA, J. I. (1997). *Teorías cognitivas del aprendizaje*, ed. Morata, 5ª edición
- ROMERO MEDIA y GARCÍA SEVILLA, J. (2008). “La elaboración de problemas ABP”, ambos en J. GARCÍA SEVILLA (Coord.), *El aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria*. Murcia: Universidad de Murcia.
- ROMO SANTOS, M. (1984). “El pensamiento creador”, *Estudios de Psicología* n° 18.
- ROMO SANTOS, M. (1987). “Treinta y cinco años de pensamiento divergente. Teoría de la creatividad de Guilford”, *Estudios de Psicología* n° 27-28, pp. 175-192.
- RUIZ, G. (2013). “La teoría de la experiencia de John Dewey: significación histórica y vigencia en el debate teórico contemporáneo”, *Foro de Educación*, 11 (15)
- RUZSITS JHA, S. (2002). *Reconsidering Michael Polanyi’s Philosophy*, Pittsburgh: Universidad de Pittsburgh.

- SÁNCHEZ, H. Y. (2007). “La solución de problemas como un campo de concurrencia de distintas teorías en Psicología”, *Revista colombiana de Psicología* n° 16, 2007.
- SIMON, H. A. & NEWELL, A. (1958), “Heuristic Problem Solving: The Next Advance in Operations Research”, *Operation Research* vol. 6 n° 1, enero-febrero.
- SIMON, H.A. (1997). *Models of Bounded Rationality, Vol. 3 Empirically Grounded Economic Reason*, MIT Press, Cambridge.
- SLAFER, G. (2009). “¿Cómo escribir un artículo científico?”, *Revista de Investigación en Educación* n° 6, pp. 124-132.
- STRAUSS, A. y CORBIN, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*, Editorial Universidad de Antioquia.
- VEGA REÑÓN, L. (1993), “Ta endoxa : argumentación y plausibilidad”, *Endoxa: Series filosóficas* n° 1, UNED, Madrid, pp. 5-19,
- VIZCARRO , C. y JUÁREZ, E. (2008). “¿Qué es y cómo funciona el aprendizaje basado en problemas?”, en J. GARCÍA SEVILLA (Coord.), *El aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria*. Murcia: Universidad de Murcia.
- WIEACKER, F. (1957). *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, trad. F. Fernández Jardón. Madrid: Aguilar.
- VIEHWEG, Th. (1964). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- WEBER, M. (1993). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- WERTHEIMER, E. (1912). “Experimentelle Studien über das Sehen von Bewegung”, *Zeitschrift für Psychologie*, 61.
- WESTON, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- YIN, R. (2003). *Case study research. Design and methods*. California, Londres, Nueva Delhi: Sage Publications.

## LA RESPONSABILIDAD SOCIAL A TRAVÉS DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA Y DE CONDUCTA. UNA PROPUESTA PARA EL GOBIERNO DE LA UNIVERSIDAD

Social responsibility through the ethic and conduct. A proposal for the government of the University

Ignacio Jiménez Soto  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

### RESUMEN

Ante la incuestionable necesidad de dotar a la Universidad española de un nuevo marco jurídico, al verse ampliamente superado el establecido en el 2001 (LOU) y en el 2007 (LOMLOU), por una realidad social que exige mayores instrumentos de gobernanza, transparencia y eficacia; se presenta en este trabajo, como una forma de dar respuesta a la responsabilidad social que tienen las Universidades públicas, una nueva institución, ampliamente abordada en otros ámbitos de la Administración y en especial en Italia con sus Universidades, como es la elaboración de un Código Ético de Conducta y la creación de una Comisión de Responsabilidad Social y de Ética, enmarcada en la política de Responsabilidad Social de cualquier Universidad incluida en las propias formas de gobierno universitario.

### PALABRAS CLAVE

La Ley 30 de diciembre de 2010, en materia de la organización universitaria en Italia; nuevas formas de organización en la Universidad española; la responsabilidad social de la Universidad; los códigos de ética y de conducta; las comisiones de ética.

### ABSTRACT

The Spanish University needs to be provided a new legal framework. The 2001 (LOU) and 2007 (LOMLOU) laws that have been overpassed in the last years so society demands newer instruments of governance, transparency and effectiveness. This paper is lead to analyze the social responsibility of public universities taking into consideration the legal framework implemented in other Administrations as the Italian universities, as well as the development of a Code Ethic of Conduct and the creation of a Commission on Social Responsibility and Ethic framed in the Social Responsibility and governance policies of any University.

### KEYWORDS

Italian comparative Law of December 30th 2010; social responsibility; codes of conduct; ethics commissions; Spanish University new ways of governance.

**Sumario:** 1. Sobre la adecuación de la Universidad española a la realidad social, con un claro referente la Ley Gelmini en Italia. 2. Los Códigos de Ética y de Conducta como instrumento de responsabilidad social de las Administraciones y de las Universidades. 3. Código Ético de Conducta y de la Comisión de Responsabilidad Social y Ética para una Universidad Pública. Modelo de propuesta. 3.1. Planteamientos generales. 3.2. Naturaleza jurídica e instrumento interpretador. 4. Adecuación y Principios Básicos. 5. Criterios de conducta en relación a los órganos de Gobierno. 6. Criterios de conducta para el personal docente e investigador. 7. Criterios de conducta para el personal de administración y servicios. 8. Criterios de conducta para los estudiantes. 9. Comisión de Responsabilidad Social y Ética. Bibliografía.

### **1. Sobre la adecuación de la Universidad española a la realidad social, con un claro referente la Ley Gelmini en Italia.**

En la elección de este objeto de estudio, para celebrar el X Aniversario de la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE), tiene mucho que ver nuestra estancia en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica de la Universidad de Bolonia, donde pudimos comprobar el interés que suscita la Universidad como materia de estudio, lo cual se puede apreciar en los numerosos pronunciamientos doctrinales que se han producido al respecto<sup>1</sup>, como botón de muestra, la situación a la

---

<sup>1</sup> Entre otros podemos citar a:

- LAURENT MANDERIEUX, *La proprietà intellettuale nelle Università. Guida pratica alla creazione e gestione di uffici di trasferimento tecnologico*, Università degli studi di Trento, Dipartimento de Scienze Giuridiche, Trento, 2012.
- MATELDA GRASSI, ENMANUELA STEFANI, *Il sistema universitario italiano. Normativa e operativa*, CEDAM, Casa Editrice, Antonio Milani, Padua, 2007.
- SEBASTIANO TORCIVIA, *L'autonomia dei Dipartimenti Universitari. Un'analisi economico-aziendale*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2003.
- MASSIMILIANO GRANIERI, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria. Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Il Mulino, Bolonia, 2010.
- ANNA ARCARI e GIORGIO GRASSO, *Ripensare l'Università. Un contributo Interdisciplinare sulla legge N. 240. del 2010*, Giuffrè Editore, Milan 2011.
- GIOVANNI AZZONE, BETTINA CAMPEDELLI, ENMA VARASIO, *Il sistema di programmazione e controllo negli atenei*, Il Mulino, Bolonia, 2011.
- CLAUDIA SALVATORE, *Il nuovo sistema contabile e di bilancio delle Università: caratteristiche e criticità*, Giappichelli editore, Torino, 2012.
- GIOVANNI PARUTO, *L'evoluzione dell'ordinamento universitario italiano*, Prefazione di Carlo Botari, Bolonia University Press, 2012.
- MARINA BROLLO e RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Giuffrè editore, Milan, 2011.
- FRANCESCO MIDIRI, *L' Istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2004.
- ANTONIO ROSSI, *Legislazione Universitaria. Aggiornato alla L. 30 dicembre 2010, n. 240*, Edizione Giuridiche Simone, Napoles, 2011.
- FEDERICO BARNABE, *La managerializzazione dell'Università Italiana. Le potenzialità della system dynamics*, casa Editrice Antonio Milani, Padua, 2003.
- ROBERTA CALVANO, *La legge e l' Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene Editore, Napoles, 2012.
- ANTONELLO MASIS e MARIO MORCELLINI, *L' Università al futuro. Sistema, progetto, innovazione*, Giuffrè Editore, Milan, 2009.
- CARLO MARZUOLI, *Istruzione e servizio pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 2003.
- GILIBERTO CAPANO e GIUSEPPE TOGNON, *La crisi del Potere accademico in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

que había llegado la Universidad en Italia, consecuencia de lo que se llamó el “baronato” o “parentopoli” de los clanes familiares, que podemos ver en el libro de GIULIO PALERMO *L'Università dei Baroni* (2011) *Centocinquant'anni di storia tra cooptazione, contestazione e mercificazione*, que responde a la situación que obligó a la República Italiana a aprobar la Legge 30 dicembre 2010, n° 240, norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario.

Esta importante norma obliga a todas las Universidades a elaborar un Código de Ética que determine los valores fundamentales de la comunidad universitaria, promover el reconocimiento, respeto de los derechos individuales y la aceptación de los deberes y responsabilidades frente a la institución de pertenencia; además, obliga a dictar las reglas de conducta de la comunidad, recayendo la violación de estas reglas en el ámbito de las competencias de los “Colegios de Disciplina”, y donde no existiera esta institución el Senado académico a propuesta del Rector. Así pues, este Código va más allá de las tradicionales infracciones disciplinarias en vigor, sino que ensancha el ámbito de las sanciones al contemplar las violaciones del Código de ética; a este importante instrumento legal es al que nos vamos a dedicar a estudiar en este trabajo.

Ahora bien, el que en nuestro país no se le haya dedicado la atención como en el país italiano, no quiere decir que la Universidad, como institución, no haya sido objeto de interés por los autores, y así, entre otros, nos encontramos con trabajos de: TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>2</sup>, OLLERO TASSARA<sup>3</sup>, DE LA CRUZ AGUILAR<sup>4</sup>, GARCÍA GARRIDO<sup>5</sup>, LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER<sup>6</sup>, PAREJO ALFONSO<sup>7</sup>, EMBID IRUJO<sup>8</sup>, SOUVIRON MORENILLA y PALENCIA HERRERO<sup>9</sup>, GONZÁLEZ

---

- ANDREA GRAZIOSI, *L'Università per tutti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

-VITTORIO CAMPIONE e ANNAMARIA POGGI, *Sovranità decentramento regole*, Il Mulino, Bologna, 2009.

- MARCO BOMBARDELLI e MATTEO COSULICH, *L'Autonomia scolastica nel sistema delle Autonomie*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.

- ELIANA MINELLI, GIANFRANCO REBORA, MATTEO TURRI, *Il valore dell'Università. La valutazione della didattica, della ricerca, dei servizi negli atenei*, Edizioni Angelo, Milan, 2006.

-GIUSEPPE CATALANO, *Valutare le attività amministrative delle università. Aspetti metodologici e buone pratiche*, Il Mulino, Bologna, 2004.

-GIUSEPPE CATALANO, *La valutazione delle attività amministrative delle università: il Progetto “Good practices”*, Il Mulino, Bologna, 2002.

-ROBERTA RINALDI, *La posizione Giuridica soggettiva dell'Utente di servizi pubblici*, CEDAM, Milan, 2011.

-ALESSANDRA MALAVOLTA, CESARE MIRIELLO, *L'Ordinamento Universitario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2006.

<sup>2</sup> *La Autonomía Universitaria: ámbitos y límites*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.

<sup>3</sup> *Que hacemos con la Universidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985.

<sup>4</sup> *Lecciones de historia de las Universidades*, Civitas, Madrid, 1987.

<sup>5</sup> *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Dykinson, Madrid, 1988.

<sup>6</sup> *A vueltas con la Universidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.

<sup>7</sup> “La autonomía de las Universidades”, *Aspectos administrativos del derecho a la educación, Manuales de Formación Continua*, núm. 16, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

<sup>8</sup> “La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas”, *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

<sup>9</sup> *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Comares, Granada, 2002.

GARCÍA<sup>10</sup>, SOSA WAGNER<sup>11</sup> SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ<sup>12</sup>, LINDE PANIAGUA<sup>13</sup>, IGLESIAS DE USSEL, DE MIGUEL y TRINIDAD REQUENA<sup>14</sup>, JIMÉNEZ SOTO<sup>15</sup>.

Por supuesto que podríamos seguir citando más referentes, así como el meritorio trabajo que realiza la profesora ISABEL GONZÁLEZ RIOS, junto con su equipo de Derecho Administrativo desde la Universidad de Málaga, con la dirección de la *REVISTA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN EDUCATIVA, (REJIE)* o por citar también los *INFORMES ANUALES DE LOS DEFENSORES UNIVERSITARIOS*, así como los trabajos desde la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios.

Pero lo verdaderamente importante es que, el funcionamiento de las Universidades preocupa, preocupa en la calle, preocupa al gobierno, preocupa al parlamento, preocupa al profesorado, preocupa al personal de Administración y Servicios, preocupa al estudiantado, y preocupa a la sociedad. Tan es así, que, el entonces ministro de Educación, Cultura y Deporte, José Ignacio Wert encargó un Informe *PROPUESTAS PARA LA REFORMA Y MEJORA DE LA CALIDAD Y EFICIENCIA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL*, a una Comisión de Expertos que finalizó su trabajo el 12 de febrero de 2013; informe, destinado a morir, como así demostró el juez implacable del tiempo, pues sin dudar de la competencia profesional de los 9 miembros de la Comisión, casi todos profesores de Universidad, designados “ad hoc” por el Sr. Ministro; desde nuestro punto de vista, con muy escasa representación del tejido social y universitario, hacía muy difícil que, con esta composición, llegará a buen puerto su trabajo, sobre todo por el procedimiento de elaboración que se llevó a cabo, echándose en falta interlocutores muy válidos, en otras palabras una Comisión que hubiese sido más representativa en función de distintos tipos de universidades, prestigiosos profesores y gestores universitarios, representación local –en las Universidades italianas hay una fuerte representación municipal y con financiación-, más participación de la sociedad etc., por lo que desde el momento en que salió a la luz pública la elaboración del informe, se sabía que era un mero trámite “postureo” le llaman ahora por parte del ministro, para aparentar, arreglar la Universidad.

El citado informe contenía planteamientos sobre la selección del personal docente e investigador; la evaluación de la calidad de las Universidades; sobre el gobierno de la Universidad; financiación de las Universidades y estudios y títulos universitarios.

Sin embargo, de lo que no nos cabe duda alguna, es que este tipo de estudios, que para eso se han hecho, no deben de caer en el olvido de un triste archivo, como suele suceder con los cambios de gobierno, por lo que apostamos por su aprovechamiento en todo aquello que pueda ser utilizado a través de procedimientos más participativos, ya que todo el mundo está totalmente de acuerdo que la Universidad española, como la sociedad de 1983, incluida las leyes de 2001 (LOU) y 2007 (LOMLOU) ha evolucionado requiriendo otro tipo de estructuras en atención a los criterios de Eficacia, Gobernanza, Transparencia y Responsabilidad Social, todo ello acentuado tras el impacto mediático de los master

<sup>10</sup> *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

<sup>11</sup> *El Mito de la Autonomía Universitaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004,

<sup>12</sup> *Conversaciones sobre el Derecho y la Justicia en las Universidades. Entrevista a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

<sup>13</sup> *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en realidad*, Civitas, Madrid, 2010.

<sup>14</sup> *Sistemas y políticas de Educación Superior*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2010.

<sup>15</sup> *El Defensor Universitario, una institución singular en la Universidad Española*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1998; *Derechos y Deberes en la Comunidad Universitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

fraudulentos de determinados políticos que salieron a la luz pública en el 2018; el caso es que, se viene demandando una nueva Ley orgánica de Universidades, como así lo manifiesta la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) en su comunicado de Madrid 26 de septiembre de 2018. “2. *Por ello solicitamos a todas las fuerzas parlamentarias nacionales que dediquen sus esfuerzos a promover y aprobar una nueva Ley Orgánica de Universidades...*”

Así pues, no creemos estar equivocados, sí decimos que las instituciones claves del sistema universitario, requieren una renovación profunda, muy distinta a la del enorme paso que dio la LRU de 1983, con la democratización de las estructuras internas, pero que ahora, con el paso de los años, consolidada la autonomía universitaria, es necesaria:

No parece adecuado tener un sistema de gobierno y control como el actual: claustro universitario con 300 miembros; un Consejo de Gobierno de 60 representantes; un Rector aparentemente presidencialista en quien recae toda la función ejecutiva; tantos y tantos cargos intermedios en Rectorado, Decanatos, Departamentos, etc.; un Consejo Social que dice mucho y aporta muy poco; una representación estamental –propia de la edad media– en órganos que tienen que tomar decisiones eminentemente académicas; el hecho de que tres instituciones básicas de control y garantías, sean dotadas con personal de la propia Universidad: Inspección de Servicios, Defensor Universitario y Gerencia, lo que pone en duda su independencia y algunas veces la eficacia; unos títulos universitarios donde en algunos casos su denominación es más larga que su propio contenido, como dice SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, en el epílogo de su entrevista a diez maestros, donde todos coinciden en la descalificación- con palabras muy duras- de las reformas de los planes de estudio, hechas sin más criterio que la atención a los intereses alicortos y corporativos<sup>16</sup>; y así podríamos seguir desgajando los numerosos aspectos que suscitan el interés por el estudio y la investigación, de una Universidad más adecuada a la realidad social.

Por nuestra parte, para no ser tildados de teóricos con exceso de retórica, vamos a presentar en este trabajo, nuestra aportación en uno de los principales elementos más novedosos, que solamente está en vigor algunas universidades españolas, no así en las italianas desde la aplicación de la Ley Gelmini<sup>17</sup> en 2011, como es una nueva forma de entender el gobierno de la Universidad en la *Responsabilidad Social de la Universidad a través de los Códigos de Ética y de Conducta*.

## **2. Los Códigos de Ética y de Conducta como instrumento de responsabilidad social de las Administraciones y de las Universidades.**

El debate sobre la adopción de los Códigos de Ética dentro de la Administración pública, en nuestro ámbito latino es relativamente reciente, pues si nos atenemos al caso de España, fue la Ley 7/2007, de 12 de abril, sobre el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), la que estableció en sus artículos 52 a 54 un Código de Conducta, si bien, en el año 2005 el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero, aprobó el

---

<sup>16</sup> SOSA WAGNER, F y FUERTES MERCEDES, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 158.

<sup>17</sup> Llamada así porque fue la ministra MARIAESTELLA GELMINI la ministra de Educación que propició la aprobación de la Ley, que se gestó en 2008 y se aprobó en el 2010, con la finalidad de acabar con el “enchufismo familiar”, teniendo un resultado en la votación de 161 votos a favor, 98 en contra y 6 abstenciones. Si bien la Ley fue duramente contestada en las calles, sobre todo por lo que supuso de recorte importante en el número de becas y fondos para la investigación, su aportación a este trabajo solamente obedece, y por tanto será parte del objeto de estudio, a su contribución al gobierno de la Universidad.

Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, sin olvidar la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, si bien dedicada como sabemos a situar a nuestro país en el contexto de los máximos niveles de publicidad activa, avanza con respecto al buen gobierno<sup>18</sup> al incorporar principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica a una norma con rango de ley, para, de esta forma, informar la interpretación aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos en un sentido amplio.

Todo lo contrario, en la cultura anglosajona, donde esta discusión se remonta al siglo XX, llegando en Estados Unidos al debate de producir los mecanismos, instrumentos reglamentarios y normas de autorregulación incluso en los ámbitos no ejecutivos, para que los funcionarios y los representantes electos, se rijan por Códigos Éticos, extendiéndose incluso a las Asociaciones profesionales, y no sólo para proteger a los miembros sino también a los ciudadanos. Fue tal la intensidad de estos debates que con el escándalo Watergate (1972-74), se aprobó en 1978 la Ley de Ética Gubernamental, que involucra en todas sus dimensiones a los tres poderes.

En Gran Bretaña, el debate sobre los Códigos Éticos a finales de los ochenta del siglo pasado, donde el propósito no era tanto explicar los principios de la gestión compartida, sino la de promover el rendimiento, la meritocracia, al tiempo que se garantiza el respeto a los principios de legalidad, transparencia y eficiencia con los estándares más altos de calidad.

Y así llegamos a nuestro país de referencia que va a ser Italia, donde el debate sobre la adopción de los Códigos de Ética surge en febrero de 1992, con la explosión del fenómeno denominado Tangentópolis, que puso, como recordamos, de manifiesto el alto grado de anarquía en todos los sectores de la sociedad italiana, llegando en 1993 al entonces primer ministro AZEGIO CIAMPI, en una declaración política en la presentación de las Cámaras donde proclama: “ la adopción de códigos de conducta para todos el personal público, ya sea electivo o de carrera”, y así fueron surgiendo normas como el Código de Conducta para los empleados de las Administraciones públicas del Decreto Legislativo 29/1993, el Decreto legislativo 150/2009..., llegando el debate a las Universidades italianas<sup>19</sup>, donde la Legge 30 dicembre 2010, norme in materia de organizzazioni dell`università di personale accademico e reclutamento, noche delega al Governo per incentivare la qualità e l`efficienza del sistema universitario, Ley 240/2010, conocida como Ley GELMINI.

Pues bien, esta Ley en su artículo 2, párrafo 4, obliga a las Universidades italianas que, a la entrada en vigor de esta norma (28 de julio de 2011), no tuvieran un Código de Ética, adoptaran uno para toda la comunidad universitaria.

Este Código tiene que determinar los valores fundamentales de la comunidad universitaria, promover el reconocimiento y respeto de los derechos individuales y la aceptación de los deberes y responsabilidades frente a la institución de pertenencia, además de dictar las reglas de conducta dentro de la comunidad.

---

<sup>18</sup> A este respecto puede consultarse el trabajo colectivo *Compliance e integridad en el sector público*, Coordinado por CASTILLO BLANCO, F, Tirant lo Blanch, Valencia 2019. En concreto y por su relación con este trabajo Véase CERRILLO i MARTINEZ A, “Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica”, pp. 161-177.

<sup>19</sup> Al respecto se puede consultar el excelente trabajo de MASSIMO ASARO e GIANCOMO MANNOCCI, “ Università italiane: un codice ético per la couminità”, *Diritto e Processo*, 13 de abril, 2011.

Sin embargo, si nos quedáramos tan sólo con esta parte del articulado, se podría decir que poco aporta al conjunto del sistema universitario, pues anterior a la reforma GELIMINI, había numerosas Universidades que se habían dotado de un Código de Ética, con una función marcadamente consultiva y de prevención; por lo que lo que sólo había algunas Universidades, entre éstas, Bari, Padua, Florencia y la Escuela Superior Santa Ana de Pisa, que se habían dotado de un régimen sancionador.

Y esta es la gran novedad que incorpora la nueva ley, cuando viene a determinar que las violaciones del Código de Ética, si no caen en el ámbito de la competencia de los Colegios de Disciplina (órganos sancionadores de las Universidades), decide el Senado Académico<sup>20</sup> a propuesta del Rector.

Así pues la importancia de esta Ley<sup>21</sup> radica en que se obliga a todas las Universidades a tener un Código de Ética con régimen sancionador; no obstante, como expondremos a continuación, si bien el modelo italiano ha inspirado profundamente el modelo normativo que presentamos como objeto de este trabajo, hay que advertir, previamente, varias cuestiones muy importantes por la diferencia entre el sistema universitario italiano y el español, por lo que la traslación no puede ser completa: en primer lugar, porque la autonomía universitaria en Italia es mucho más amplia que en España, hasta el punto que es muy difícil dictar una norma que afecte a la Universidad por vía reglamentaria, sólo pueda ser por ley; en segundo lugar, es que en virtud de esta autonomía el régimen sancionador y disciplinario es totalmente una competencia de cada Universidad, por lo que los Códigos de Ética y sus sanciones dependen de cada Universidad.

Por el contrario en España, la intervención estatal y autonómica en las Universidades es mayor, pues junto a las Leyes universitarias, son múltiples los reglamentos en sus distintas modalidades –Reales Decretos, Decretos, Órdenes Ministeriales...-; y por lo que respecta al régimen sancionador y disciplinario, se ciñe a los profesores y al personal de administración y servicios al marco del EBEP del RD Legislativo 5/ 2015, y por lo que atañe a los alumnos al vetusto Decreto de 1954 sobre el Reglamento de Disciplina Académica<sup>22</sup>.

Así las cosas, y pese a la entrada en vigor del Estatuto del Estudiante Universitario, Real Decreto 1791/2010, que establecía en su disposición adicional segunda, que el Gobierno presentará a las Cortes un proyecto de Ley reguladora de la potestad disciplinaria<sup>23</sup>, y a las tres recomendaciones del Defensor del Pueblo, en diferentes legislaturas, la última en el informe del 2012, a día de hoy, las Universidades seguimos teniendo como norma, en materia disciplinaria, una norma franquista pensada para la

---

<sup>20</sup> Hay que tener en cuenta que en el sistema universitario el Senado equivale al Claustro en las Universidades españolas, si bien con la salvedad que el máximo de miembros no supera la treintena.

<sup>21</sup> Es lo que propicio una larga estancia de investigación en el año 2013, de este Asesor para el Desarrollo del Estatuto del estudiante Universitario en la prestigiosa SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN STUDI SULL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA de la Universidad de Bolonia.

<sup>22</sup> Al que ya en su día se refirió PEMAN GAVIN, J.M., “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del reglamento de disciplina académica”, *RAP* núm. 135, 1994, pp. 435-471; y ya más tarde JIMÉNEZ SOTO, I., “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios. Un andamio difícil de sostener con algunas piezas sueltas” *REDA* núm. 168, 2015, pp. 259-286.

<sup>23</sup> A tal efecto el Ministerio de Educación, nombró una Comisión de Expertos para la elaboración del Proyecto de Ley, compuesta por los profesores de Derecho Administrativo Julio V. González (Complutense de Madrid; Juan M. Trayter (Gerona), Eduardo Gamero (Pablo de Olavide) e Ignacio Jiménez (Granada), cuyo trabajo fue entregado en septiembre de 2011, con la dimisión de Zapatero se finalizó el trámite del proyecto de Ley que no llegó a las Cortes, y no está en las previsiones del actual Gobierno.

represión del orden público, por supuesto muy alejada de la realidad social, en lo que afecta a los estudiantes.

Por ello, aunque nuestra propuesta como objeto de estudio, no tiene efectos sancionadores, en la línea más clásica de los Códigos de Conducta y de Ética en este momento; luego, no hay que descartarlo para más tarde, porque hasta hora el régimen disciplinario (art. 25 CE) debe de proceder de una Ley estatal, aunque recientemente ha habido voces en la doctrina como Tardío Pato, Alegre Ávila, entre otros (como hemos visto en el XIII Congreso de la AEPDA celebrado en Salamanca , 2018), que entienden que se puede actualizar el Decreto de 1954, en el ámbito de los estudiantes, con normas reglamentarias de las Universidades, propiciado por la cobertura del artículo 46.2 de la LOU 6/2001 y LOMLOU 4/2007, al posibilitar que los Estatutos y normas de organización y funcionamiento de las Universidades -tanto públicas como privadas-, *“desarrollarán los derechos y los deberes de los estudiantes, así como los mecanismos para su garantía”*, lo que supone a nuestro criterio en una interpretación extensiva y muy forzada, incluir el régimen disciplinario modulando el marco del antiguo decreto, a través de la potestad universitaria en base a su autonomía constitucional; discusión que no está cerrada, pero lo cierto, a día de hoy, es que es necesario arbitrar algún modelo institucional que dé respuesta a los problemas que se plantean en la vida universitaria.

Mientras tanto, de ahí nuestra propuesta, se sustenta en un Código Ético de Conducta, para poder cubrir, en cierta medida, las enorme lagunas que se tienen en la actualidad, vacíos legales clamorosos en el ordenamiento universitario (relaciones profesionales, particulares, familiares, sociales, etc., que nuclea a los miembros de la comunidad universitaria en materias de Universidad), que diríamos coloquialmente “chirrían” al tener conocimiento, pero que se permiten ante la situación de alegalidad en la que se encuentran; sería, por tanto, disponer de un instrumento interpretador del ordenamiento jurídico, y, no sólo en el ámbito de los estudiantes, sino para toda la Comunidad Universitaria, es decir, según se trate del régimen jurídico del Decreto de 1954 o del régimen establecido en el EBEP.

Por lo tanto, creemos que la forma más didáctica de exponer nuestros planteamientos, es la de presentar un hipotético texto, donde se pueda apreciar la utilidad práctica que tendría este modelo, sobre todo, tanto a la hora de responder a numerosas situaciones que ahora mismo se encuentran en un considerable margen de “alegalidad”, como la de dotar de un mecanismo de respuesta ante la ineludible responsabilidad social que tienen las Universidades Públicas.

Todos tenemos en mente, los acontecimientos de la expedición de títulos fraudulentos en algunas Universidades detectados en 2018, efectivamente son muy pocas, pero el daño que se le ha generado a la Universidad pública, en determinados momentos fue muy intenso e injustificado, pero en honor a la verdad también hay que ser críticos con la lentitud y ausencia de respuesta de las propias Universidades afectadas, ¿Inspección de servicios? ¿Defensor Universitario? ¿Delegaciones de Estudiantes? quedaron al margen de la respuesta pública, y si no quedaron al margen, su visibilidad social fue prácticamente nula, donde no podemos olvidar que todo se sustanció en la vía penal que, como sabemos es preferente y suspende el procedimiento disciplinario administrativo, pero ello no es óbice a que se hubieran realizado actuaciones de oficio, incluida la queja de los Defensores, las denuncias de los representantes de los estudiantes, para que, en definitiva, la sociedad viera cómo daba respuesta la universidad a las arbitrariedades que se estaban produciendo.

Todo ello, evidencia la inadecuación de los mecanismos de control universitario, ante nuevas situaciones que requieren diferentes respuestas, de eso es lo que vamos a ver a continuación.

Nuestro ejemplo didáctico, está inspirado, además de en las normas españolas e italianas que se han referenciado a lo largo de esta exposición, en los siguientes textos:

-Código Ético de la Universidad de Cádiz (aprobado por Acuerdo del Claustro de la Universidad de Cádiz 2007).

-Código de Conducta de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (Aprobado por Consejo de Gobierno de 2010).

-Código Ético de la Universidad Pompeu Fabra ( Consejo de Gobierno 2012).

-Código Ético de la Universitat Oberta de Catalunya ( Consejo de Gobierno 2009).

-Código de Conducta de la Universidad Complutense de Madrid ( Consejo de Gobierno de 2008).

-Código Ético de la Universidad de Bolonia ( 2006 y 2011).

-Código Ético de la Universidad de Udine (2011).

-Código Ético de la Universidad de Palermo (2010).

-Código Ético de la Universidad de Florencia (2008 y 2011).

-Código Ético de la Universidad de Turin (2011).

-Código Ético de la Universidad Luigi Bocconi de Milán (2010).

-Código Ético de la Universidad de Bari (2007).

### **3. Código Ético de Conducta y de la Comisión de Responsabilidad Social y Ética para una Universidad Pública. Modelo de propuesta.**

#### **3.1. Planteamientos generales.**

Las Universidades públicas, están firmemente comprometidas con la sociedad a la que se deben, y para ello se hace necesario fortalecer las estrategias de Responsabilidad Social de la Universidad que, en cierta medida, respondan a los cambios más importantes operados tanto en el ámbito universitario como en su entorno.

De la relevancia de este compromiso social de la Universidad dan buena cuenta los actuales Estatutos, aprobados por Decreto, que si bien, hasta el momento, han orientado buena parte de su actividad académica, en su doble vertiente docente e investigadora, aconsejan ir dotándolos de instrumentos y estructuras adecuadas ante el desarrollo y evolución de la sociedad actual; de ahí, la necesidad de una norma de las características de este reglamento, que comprenda junto a las estrategias de política de responsabilidad social, un Código de Conducta, tal y como podemos apreciar en los conceptos más avanzados de Administración pública que, en nuestro país, adquirieron plena vigencia en el Estatuto Básico del Empleado Público, para adaptarlo a la realidad social, y que hoy sigue vigentes en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Son pues numerosos los artículos que justifican una intervención normativa como ésta, así a título de síntesis y ejemplo, podemos apreciar como en los Estatutos de una Universidad, podrían ser cualquier Estatutos por la clonación identitaria que hay en la

mayoría de ellos, pero vamos a utilizar unos en concreto, en este caso la de Granada (Decreto 231/2011, de 12 de julio por el que se aprueban los Estatutos), en sus fundamentos y objeto de la actividad universitaria (art.3) nos encontramos: c) la contribución al progreso y al bienestar de la sociedad mediante la producción, transferencia y aplicación práctica del conocimiento y la proyección social de la universidad; d) la transmisión de los valores superiores de nuestra convivencia, la igualdad entre mujeres y hombres, el apoyo permanente a las personas con necesidades especiales, el fomento del diálogo, de la paz, del respeto a la diversidad cultural y de la cooperación entre los pueblos y e) la realización de actividades de extensión universitaria dirigidas a la creación del pensamiento crítico y a la difusión de la ciencia, de la técnica y de la cultura.

De la misma forma que, entre los principios de actuación y deberes institucionales (art.28), es significativo que se fomente la participación de todos los miembros de la comunidad universitaria, correspondiendo a los centros y demás estructuras: e) fomentar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, y el apoyo permanente a las personas con necesidades especiales; f) impulsar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar e j) impulsar la proyección de sus actividades en el entorno social.

Igualmente, entre los derechos de los miembros de la Comunidad Universitaria (art. 101): se establece en el apartado f) el de obtener los beneficios derivados de las medidas de acción positiva que sean impulsados por nuestra Universidad, de acuerdo con sus disponibilidades, en la finalidad de asegurar la participación plena y efectiva de las personas con necesidades especiales y la igualdad entre mujeres y hombres.

También es de destacar que, entre los derechos de los estudiantes, sin perjuicio de todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico (art. 140) se encuentra: el de recibir un trato no discriminatorio por razones de sexo, raza, religión, discapacidad o cualquier otra condición personal o social, en el acceso a la Universidad, ingreso en los centros, permanencia en la Universidad y ejercicio de sus derechos académicos.

Asimismo, de indudable relevancia son algunos contenidos del Título IV, capítulo III, dedicado a la colaboración de la Universidad y la Sociedad, donde se aprecia como uno de los objetivos de la Universidad de Granada (art. 194): es la contribución al progreso social y al desarrollo económico de la sociedad, procurando que sus actividades tengan la mayor proyección en el entorno más cercano y en los ámbito nacional e internacional; por lo que, a tal efecto, promoverá la difusión de la ciencia, la cultura, la creación artística, el compromiso solidario, por sí o en colaboración con entidades públicas o privadas, mediante acuerdos o convenios.

Esta proyección social de la Universidad de Granada, insistimos como de cualquier otra Universidad, se ha venido realizando, junto a otros instrumentos de colaboración, con lo que tradicionalmente se denominan actividades de Extensión Universitaria, que es definida (art. 196):” *como conjunto de actividades de formación y difusión cultural en el orden de las ciencias, la tecnología, los saberes sociales, las letras, las artes desarrolladas por nuestra Universidad, cuya característica común consiste la proyección abierta al entorno social*”. Manifestación de estas actividades son la organización, junto a entidades públicas y privadas, de proyectos que hacen progresar una cultura universitaria contemporánea, innovadora, crítica y solidaria, fomentando la participación activa de toda la comunidad universitaria.

Además, se particulariza este tipo de actividades en la Cooperación al desarrollo y acción solidaria (art.197) como: “ *compromiso solidario de la Universidad con los países y sectores sociales más desfavorecidos, a través del impulso de actuaciones formativas,*

*educativas, investigadoras, asistenciales y de promoción que tienden a la consecución de una sociedad más justa, al impulso de la cultura de la paz, al desarrollo sostenible, al respeto medioambiental, así como a la organización de plataformas de voluntariado”,* estimulando, por parte de nuestra Universidad, la participación de los miembros de la comunidad universitaria en actividades y proyectos de cooperación internacional y solidaridad.

Finalizamos con este acopio normativo, a título de ejemplo, con el compromiso firme de la Universidad de Granada por la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres (art. 213), velando por la erradicación de cualquier forma de sexismo, discriminación y exclusión por razones de sexo.

De otro lado, no menos importante, es el llamamiento que se hace desde el Estatuto del Estudiante Universitario, aprobado por el Real Decreto 191/2010, de 30 de diciembre, a todo lo que constituye el fomento de la convivencia activa y corresponsabilidad universitaria (Capítulo X); en concreto, su artículo 45 por el que posibilita que cada Universidad pueda crear Comisiones de Corresponsabilidad constituidas por profesorado, estudiantes y personal de administración y servicios. Comisiones que, en el momento de abordar este Proyecto, apenas existen en las Universidades españolas.

Comisiones que, en el sentido literal de la norma, tendrán como objeto el análisis, debate, crítica y formulación de propuestas sobre todas aquellas cuestiones que por sus implicaciones éticas, culturales y sociales permitan a la comunidad universitaria realizar aportaciones al discurso público sobre las mismas y también sobre las que afecten a la propia Universidad, sin que en ningún momento tengan carácter sancionador.

En definitiva, con el bagaje normativo expuesto, tomando como ejemplo esta Universidad, así como la fuerte implicación que tienen las Universidades con su entorno social, se hace necesario incorporar a su estrategia y gestión las preocupaciones sociales, económicas y medioambientales, para desarrollar un compromiso real y constatable con la cohesión social, el respeto al medio ambiente, la ética y la transparencia.

Todo ello, para aumentar el valor de la Universidad en la sociedad, reforzar su aportación al desarrollo sostenible, e incrementar la confianza de los ciudadanos en todo lo que supone la prestación del servicio público de la enseñanza superior.

Así pues, la elaboración de un Código Ético de Conducta y la creación de una Comisión de Responsabilidad Social y de Ética, se deberían de enmarcar en la política de Responsabilidad Social de cualquier Universidad pública en general.

Todo ello, con el basamento de que cualquier ente público en el ámbito educativo, debe de devolver a la sociedad, en cierta medida, parte de lo que recibe de ésta, por lo que nada mejor para poder cumplir con esta corresponsabilidad social, que promover mecanismos e instrumentos que fomenten esta relación.

### **3.2. Naturaleza jurídica e instrumento interpretador.**

a) Este Código Ético de Conducta no tiene naturaleza normativa, y por lo tanto carece de efectos sancionadores, constituyendo un conjunto de principios y criterios que deben inspirar la conducta de todos los miembros de la Universidad, en atención a los valores básicos que tiene como propios nuestra Universidad, tales como los principios que constituyen el régimen de los servicios públicos educativos, la transparencia como institución pública, la participación y el compromiso social, la pluralidad, el diálogo, el sentido crítico y constructivo, el reconocimiento de la diversidad, la búsqueda de la

innovación y de la calidad, así como la consecución de las excelencias de su vocación como institución universitaria de reconocido prestigio.

b) Como Código Ético es un referente valioso para toda la comunidad universitaria, que se aplica a aquellas conductas y hábitos que comprometen a cada universitario en relación con los otros sujetos, estableciéndose su obligatoriedad en las razones morales que lo justifican, y residiendo su fuerza en el compromiso adquirido por todas las personas integrantes de la comunidad al respetar los valores y principios comunes.

c) El Código será aplicable a cualquier actividad que se desarrolle en el ámbito, nacional e internacional de la Universidad, y servirá como criterio interpretador e informador de las normas vigentes internas de funcionamiento de esta Universidad, principalmente de los Estatutos y de sus posteriores normas reglamentarias.

d) Será instrumento interpretador en la aplicación del Código de Conducta de los empleados públicos establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, en la actividad del personal docente e investigador, así como del personal de administración y servicios; y, por lo que respecta a los estudiantes, del Reglamento de Disciplina Académica aprobado por Decreto 8 de septiembre de 1954, mientras esté vigente, y del Estatuto del Estudiante Universitario, aprobado por el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre.

e) Los principios y criterios establecidos en el presente Código informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos y de los estudiantes.

#### 4. Adecuación y Principios Básicos.

Todos los miembros de la comunidad universitaria en las diversas actividades que participen, deberán de ajustar su actuación o comportamiento a los siguientes principios básicos:

a) *Libertad de igualdad y derechos*, en el sentido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben de aceptarse sin discriminación o distinción alguna por razones de origen, sexo, cultura, religión, idioma u opinión pública.

b) *Integridad* para evitar situaciones de desconfianza entre las personas que constituyen la institución académica, así como del rendimiento de cuentas a la sociedad democrática a la que se debe, en función de la vertiente *académica* a la que se refiere el conjunto de comportamientos vinculados al ejercicio de la docencia, tanto desde el punto de vista de los estudiantes como de los profesores, de acuerdo con los principios morales compartidos; y a la integridad *científica*, lo que comporta que la investigación a nivel general siempre se realice con el debido respeto a los principios bioéticos socialmente aceptados en todos los ámbitos en que ésta se desarrolla, y en particular en el marco de la Comisión de Ética en Investigación de la propia Universidad, y sus correspondientes Comités de Ética en Investigación Humana, de Ética en experimentación animal y de Ética en Investigación en órganos modificados y agentes biológicos y a los Comités de Ética de Investigación Clínica regulados por el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, así como el rechazo a la realización de cualquier conducta inaceptable que afecta a la autenticidad y publicación de resultados.

c) *Libertad académica en la búsqueda de la verdad*, para poder enseñar e investigar en libertad, y de esta forma propiciar la búsqueda desinteresada de la verdad y del

conocimiento en una doble dimensión: *la institucional*, consagrada constitucionalmente como la autonomía que tienen las universidades a la hora de organizar la enseñanza y determinar las materias que configuran los planes de estudio; y la dimensión *personal*, en el ámbito de la libertad de cátedra para que los profesores universitarios puedan difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, y en las labores de investigación la libre producción científica, técnica y humanística, lo que, en ambos sentidos, coadyuva al derecho de los estudiantes a recibir una educación de calidad.

d) *Compromiso social y responsabilidad hacia el entorno*, porque se entiende que las pautas de comportamiento de la Universidad deben de estar orientadas, en primer lugar, al compromiso con la propia institución universitaria, favoreciendo el trabajo en equipo, la armonía laboral y el respeto mutuo, para favorecer el cumplimiento de las misiones que le corresponden y que revierten en la sociedad: creación científica, difusión y transferencia del conocimiento, capacitación para el ejercicio profesional y desarrollo cultural; y, en segundo lugar, responsabilidad social por la que la Universidad favorecerá y fortalecerá los valores y principios económicos, sociales y ambientales acordes con un desarrollo sostenible.

e) *Respeto y tratamiento ecuánime a las personas*, en el que la convivencia universitaria debe de basarse en el reconocimiento y aceptación de la diversidad, entendida como el valor positivo que aporta la diferencia, al otorgar identidad e idiosincrasia a las personas que convierten a cada ser humano en único e irrepetible, donde los principios de democracia, tolerancia, diálogo y sentido crítico deben imperar en cada una de las actividades académicas. Y todo ello, en un espacio universitario donde el mérito individual consecuencia de la capacidad intelectual, esfuerzo personal y honradez profesional se conviertan en un valor supremo del quehacer universitario.

f) *Responsabilidad profesional* donde la Universidad debe de establecer los procesos necesarios para garantizar la competencia pedagógica y científica de su profesorado, contando para ello en sus plantillas con aquellos profesionales que cumplan las condiciones óptimas y más adecuadas para el desarrollo de sus funciones docentes e investigadoras, a través de los procesos de selección objetivos y transparentes. Igualmente, esta responsabilidad alcanza al personal de administración servicios quienes, en el ejercicio de sus funciones, deben de alcanzar los mejores niveles de competencia en primer lugar, a través de los procesos de selección más adecuados, y posteriormente a través del perfeccionamiento en las funciones que le corresponden como actividad de servicio público.

Por su parte, los estudiantes tienen una responsabilidad inherente en el aprendizaje, como un deber ineludible y de compromiso social como miembros de una institución pública, sustentada en buena parte gracias al esfuerzo de la sociedad, por lo que se requiere su participación activa a lo largo de todo el proceso educativo, debiendo la Universidad utilizar todos los recursos disponibles de la forma más eficaz posible para cumplir con sus fines académicos.

g) *La calidad y excelencia*, como cultura institucional, por lo que se trabajará por conseguir los mejores niveles de excelencia en los servicios educativos de la enseñanza superior, reconociendo la innovación como eje transversal de la acción universitaria, donde la Universidad se muestra abierta a la innovación educativa, tecnológica e institucional, a la vez que fomenta las iniciativas emprendedoras y la creatividad de todas las personas que forman la comunidad universitaria.

h) *Adecuación de medios* en las actividades universitarias, por cuanto como institución que brinda un servicio público, tanto los responsables de gobierno, como el resto de personal y estudiantes, velarán porque la utilización de los medios personales, materiales y económicos se utilicen de la forma más adecuada, teniendo que dar cuenta de esta utilización a los órganos estatutarios según la normativa correspondiente.

### **5. Criterios de conducta en relación a los órganos de Gobierno.**

Son conductas éticamente dudosas de los cargos académicos aquellas que sin contravenir ninguna norma jurídica, suponen un comportamiento socialmente rechazado, por el que, al ser responsable éticamente, debe de responder según este Código de Conducta:

a) El abuso de poder con extralimitación de la posición privilegiada o dominación inherente al cargo, conocida también como “abuso de posición dominante” que es la actitud diseñada por el miembro de la comunidad universitaria para conseguir, a través de su cargo, injustos beneficios.

b) El abuso innecesario y superfluo de los medios que la Universidad ponen a disposición de los cargos académicos para cumplir sus funciones: viajes, coches oficiales, comidas, dietas y mobiliario.

c) La fragilidad en la resolución de problemas, que se manifiesta en la indeterminación de los acuerdos, el aplazamiento injustificado de la toma de decisiones, las decisiones que alimenten las sospechas de favoritismo y falta de equidad, el retraso sin justificación del cumplimiento de una resolución o acuerdo de órganos de gobierno.

d) La conducta desordenada en el ejercicio del cargo, tales como los descuidos frecuentes, los retrasos injustificados en el comienzo de las reuniones, la desorganización en el desarrollo del orden del día de las sesiones, la falta de preparación de los temas objeto de la sesión debidamente convocada y la redacción confusa de los acuerdos adoptados, la falta de ejecución de las decisiones adoptadas por razones exclusivamente atribuidas a su persona.

Ante estas conductas Los cargos académicos responden éticamente ante la comunidad universitaria, en función de la gravedad del error o la falta cometida, mediante la siguiente toma de decisiones de carácter personal, con lo que asistimos a una nueva forma de ajustar la respuesta del reproche social:

- Declararse ante la comunidad universitaria, colectivo o persona dañada o perjudicada, sin ambigüedades, responsable del error cometido, sin que esta declaración conlleve otra consecuencia que la puesta en conocimiento de su actuación.

- Declararse sin ambigüedades responsable único del error cometido y, acompañar esta declaración, de la presentación pública de excusas dirigidas a la persona o al colectivo que hubiera podido considerarse dañado o perjudicado.

- Declararse responsable único del error cometido y considerar que la gravedad del asunto, exige como única reparación éticamente valiosa la dimisión inapelable e inmediata del cargo.

- Declararse corresponsable por haber apoyado la toma de decisión adoptada por un colectivo, que dio lugar a la conducta éticamente reprochable, y presentar públicamente excusas en nombre propio o adhiriéndose a las excusas presentadas por el órgano colegiado que tomó la decisión.

- Declararse responsable de la decisión adoptada por un cargo de su libre designación, y proceder según su gravedad, a amonestarlo públicamente o cesarlo en sus funciones, y, en caso de asumir la decisión adoptada por el órgano inferior por ser de su responsabilidad, presentar su dimisión ante el órgano competente.

## **6. Criterios de conducta para el personal docente e investigador.**

Son conductas éticamente dudosas del personal docente e investigador aquéllas que sin contravenir ninguna norma jurídica, suponen un comportamiento socialmente rechazado, por el que al ser responsable éticamente, debe de responder según este Código de Conducta:

a) Uso privado e inapropiado (exceptuados los casos de emergencia) de los medios que la institución universitaria pone a su disposición, para poder cumplir con su función docente e investigadora: despacho, laboratorio, material bibliográfico, material de oficina, dietas, viajes, mobiliario.

Igualmente, se incluyen entre estas conductas, la utilización indebida a través de la vulneración de las normas de los servicios de la Universidad, como bibliotecas universitarias, instalaciones deportivas, comedores universitarios, servicios de reprografía, residencia y colegios mayores, y demás servicios a la comunidad universitaria.

Mención especial requiere la utilización de los medios tecnológicos, entre éstos los de carácter electrónico de comunicación de carácter institucional, evitando que sean utilizados para otros fines ajenos a los universitarios.

Y, sin perjuicio de los derechos establecidos en la legislación sobre propiedad intelectual, el uso indebido de trabajos de compañeros y estudiantes.

b) La falta de respeto o el comportamiento indecoroso con los compañeros, personal de administración y servicios, en sus relaciones profesionales y en el recinto académico; y, en relación a los estudiantes, el no cumplimiento de sus obligaciones docentes – inasistencia a clase, no presencia en las tutorías, no impartición del programa sin causa justificada-, el retraso continuo o la anticipación final de la clase, el desorden en las explicaciones, la confusión e improvisación, la dilación injustificada en las calificaciones, la no actualización de la bibliografía.

c) La falta de respeto por el nombre y la reputación de la Universidad. El nombre, logo y símbolos de la Universidad, y por tanto su reputación, constituye un auténtico capital de nuestra institución ante la sociedad, conseguido por el esfuerzo de cerca de los años de existencia, por los profesores, el personal de administración y servicios y los estudiantes, por lo que ningún miembro del personal docente e investigador puede utilizar el nombre, logos y demás símbolos de la propia Universidad, incluidos los de los Departamentos y Centros, cuando actúa en el ejercicio de una actividad privada sin autorización. Se trata de una actitud responsable el saber distinguir cuando se trata de una actuación a título personal y cuando se actúa como representación institucional.

En particular se consideran como uso indebido del nombre y de la reputación de la Universidad, salvo expresa autorización: utilizar de modo impropio el logo y el nombre de la Universidad; utilizar la reputación de la Universidad en asociaciones de actividades profesionales, empleo, encargos u otra actividad externa, aunque no sea remunerado; expresar puntos de vista estrictamente personales utilizando el nombre de la Universidad.

d) El ejercicio de actividades que sean constitutivas de conflictos de intereses, definida esta situación como aquella en la que los intereses personales de un individuo y los que debe de aplicar como miembro de un colectivo, institución u órgano de gobierno entran en conflicto. Intereses que, por muy legítimos que sean, puedan condicionar inadecuadamente la decisión final.

Se consideran en particular situaciones de conflictos de intereses: el interés inmediato de la persona en cuanto miembro de la Universidad; el interés del familiar de un miembro de la Universidad; el interés de un ente, persona física o jurídica, con cualquier miembro de la Universidad que mantenga una relación de empleo o comercial; el interés de un ente o persona jurídica de cualquier miembro de la Universidad que tenga el control o una cuota significativa de participación financiera; el interés de terceros, en el caso de que pueda conscientemente conseguir ventajas el miembro de la Universidad

Ante estos casos, para evitar situaciones de sospecha, la conducta de abstención debe de ser practicada ante situaciones dudosas para evitar críticas y malentendidos, hasta que sea posible un diagnóstico por la Comisión de Responsabilidad Social y Ética de la propia Universidad.

e) El incumplimiento de los deberes de privacidad y confidencialidad que exceda del ámbito académico en que se genera dicha información, pues al tratarse de actividades de docencia y de gestión en las que se generan numerosos datos, se hace preciso respetar escrupulosamente el procesamiento de información personal, por lo que la Universidad garantizará el máximo rigor y la confidencialidad en la custodia y tratamiento de los datos personales, a los que tienen acceso los profesores, respetando en todo momento las prescripciones legales.

f) La falsificación de documentos y alteración de datos para obtener un beneficio en cualquier proceso académico, consistente en aportar originales manipulados o en hacer afirmaciones en instancias, solicitudes, impresos o cualquier documento administrativo basadas en datos incorrectos de manera deliberada.

Igualmente, y dentro de estas conductas reprochables éticamente, se encuentran la falta de reconocimiento de la contribución individual en los trabajos en equipo o grupo, por lo que en este tipo de trabajos es aconsejable determinar la parte del trabajo realizada por cada miembro; la incorrección de las citas bibliográficas, pues en el ámbito universitario es obligatorio reconocer las contribuciones mencionadas con las citas precisas para identificar qué es obra propia y qué es obra ajena.

Por su especial importancia y consideración, la Universidad velará por la autoría intelectual de los trabajos, impidiendo a través de sus medios cualquier forma de plagio, es decir, que ningún miembro de la comunidad universitaria pueda apropiarse de ideas, palabras o cualquier otro elemento de quien la ha creado originalmente.

g) La no aceptación de regalos y atenciones cuyo valor exceda de lo que los usos sociales se consideran como mera cortesía, procedentes de los estudiantes, padres o familiares, proveedores o cualquier empresa o institución relacionada con la Universidad.

h) La no colaboración en las tareas de control, donde todos los profesores de la Universidad tienen la obligación de colaborar con las tareas de supervisión y control, tanto de órganos internos como de organismos externos de carácter oficial, así como cualquier tercero que la entidad en la que se desarrolla la actividad profesional hubiera designado para finalidades específicas que exijan o supongan dicha colaboración.

i) Falta de respeto a las autoridades universitarias y representantes de los órganos de gobierno de la Universidad, en cuanto que, en el ejercicio de sus funciones, deben de aceptar las decisiones que les vinculan, bien de carácter general, o particular, por lo que no son aceptables las conductas de menosprecio hacia los órganos de gobierno y a los representantes de la Universidad.

j) Los actos de favoritismo hacia determinados estudiantes, al preferirlos en las actividades docentes de una manera arbitraria, ayudando a algunas personas más que a otras por razones injustificadas; así como la práctica del nepotismo que se produce cuando el favoritismo entre el autor de la mala práctica y los destinatarios están relacionados por consanguinidad o afinidad, o conviven establemente. Actos que pueden darse también en las relaciones entre profesor dotado de autoridad y resto de profesores e investigadores, o miembros del personal de administración y servicios, para proporcionar beneficios económicos o influir en el resultado de los procedimientos de selección en beneficio de parientes.

El personal docente e investigador responden éticamente ante la comunidad universitaria, en función de la gravedad del error o la falta cometida, mediante la siguiente toma de decisiones de carácter personal:

- Declararse ante la comunidad universitaria, colectivo o persona dañada o perjudicada, sin ambigüedades, responsable del error cometido, sin que esta declaración conlleve otra consecuencia que la puesta en conocimiento de su actuación.

- Declararse sin ambigüedades responsable único del error cometido y, acompañar esta declaración, de la presentación pública de excusas dirigidas a la persona o al colectivo que hubiera podido considerarse dañado o perjudicado.

- Declararse responsable único del error cometido y considerar la posibilidad de reparar moralmente el daño causado cuando sea posible (repetición de examen, supresión de parte no desarrollada del programa, repetición de una clase más explicada, colaboraciones especiales).

- Declararse corresponsable por haber apoyado la toma de decisión adoptada por un colectivo, que dio lugar a la conducta éticamente reprochable, y presentar públicamente excusas en nombre propio o adhiriéndose a las excusas presentadas por el órgano colegiado que tomó la decisión.

## **7. Criterios de conducta para el personal de administración y servicios.**

Son conductas éticamente dudosas del personal de administración y servicios aquellas que sin contravenir ninguna norma jurídica, suponen un comportamiento socialmente rechazado, por el que al ser responsable éticamente, debe de responder según este Código de Conducta:

a) En general cualquier conducta de las establecidas como éticamente dudosas en el título anterior, cometidas en su condición de profesional de la Universidad.

b) Ausencia injustificada o retraso reiterado durante los horarios de trabajo, y en especial durante las horas de atención al público.

c) El retraso injustificado en la tramitación de los expedientes administrativos, así como en la notificación de las resoluciones.

d) La falta de compromiso con la calidad y mejora continua de los procesos de gestión a través de actuaciones que entorpezcan la implantación de nuevos sistemas operativos, así como la poca flexibilidad y adaptación al cambio de tareas y responsabilidades.

e) Facilitar información errónea, incompleta, derogada, no actualizada ante cualquier trámite administrativo solicitado por los usuarios del servicio.

El personal de administración y servicios responden éticamente ante la comunidad universitaria, en función de la gravedad del error o la falta cometida, mediante la siguiente toma de decisiones de carácter personal:

- Declararse ante la comunidad universitaria, colectivo o persona dañada o perjudicada, sin ambigüedades, responsable del error cometido, sin que esta declaración conlleve otra consecuencia que la puesta en conocimiento de su actuación.

- Declararse sin ambigüedades responsable único del error cometido y, acompañar esta declaración, de la presentación pública de excusas dirigidas a la persona o al colectivo que hubiera podido considerarse dañado o perjudicado.

- Declararse responsable único del error cometido y considerar la posibilidad de reparar moralmente el daño causado, cuando sea posible a través de alguna actuación concreta (reconocimiento por escrito del error, subsanar el error cuando sea posible, cambiar de actitud).

- Declararse corresponsable por haber apoyado la toma de decisión adoptada por un colectivo, que dio lugar a la conducta éticamente reprochable, y presentar públicamente excusas en nombre propio o adhiriéndose a las excusas presentadas por el órgano colegiado que tomó la decisión.

## **8. Criterios de conducta para los estudiantes.**

Son conductas éticamente dudosas de los estudiantes, desde el momento en que se matriculan en la Universidad, aquéllas que sin contravenir ninguna norma jurídica, suponen un comportamiento socialmente rechazado, por el que al ser responsable éticamente, debe de responder según este Código de Conducta:

a) En general cualquier conducta de las establecidas como éticamente dudosas en los dos títulos anteriores, cometidas en su condición de estudiantes.

b) Toda conducta que trate de eludir el esfuerzo personal, la asimilación por sí mismo de los conocimientos y la transparencia de las pruebas de evaluación.

c) La utilización indebida de los medios electrónicos para fines distintos de los académicos, y en especial durante la celebración de clases, realización de seminarios y prácticas, conferencias, y cualquier otra actividad. Actos académicos, entre otros, en los que no se deberán de utilizar los aparatos de telefonía móvil y los ordenadores para visionar contenidos ajenos a la actividad académica.

d) La actitud pasiva en las actividades académicas, a través de la no participación en las diferentes sesiones, el desinterés manifiesto, la desatención a las recomendaciones de los profesores, así como todas aquellas actitudes que supongan enfrentamientos con compañeros y profesores que impiden el desarrollo normal de la sesión.

e) Generar actitudes contrarias a un clima de confianza, colaboración y trabajo en equipo con otros estudiantes.

f) La falta de asistencia y de participación a las sesiones de los órganos de participación, gobierno y representación de los que forme parte, bien por elección o designación

Ante estas actitudes los estudiantes de la UGR responden éticamente ante la comunidad universitaria, en función de la gravedad del error o la falta cometida, mediante la siguiente toma de decisiones de carácter personal:

- Declararse ante la comunidad universitaria, colectivo o persona dañada o perjudicada, sin ambigüedades, responsable del error cometido, sin que esta declaración conlleve otra consecuencia que la puesta en conocimiento de su actuación.

- Declararse sin ambigüedades responsable único del error cometido y, acompañar esta declaración, de la presentación pública de excusas dirigidas a la persona o al colectivo que hubiera podido considerarse dañado o perjudicado.

- Declararse responsable único del error cometido y considerar la posibilidad de reparar moralmente el daño causado, cuando sea posible a través de alguna actuación concreta (reconocimiento por escrito del error, subsanar el error cuando sea posible, cambiar de actitud).

- Declararse corresponsable por haber apoyado la toma de decisión adoptada por un colectivo, que dio lugar a la conducta éticamente reprochable, y presentar públicamente excusas en nombre propio o adhiriéndose a las excusas presentadas por el órgano colegiado que tomó la decisión.

Son actos de deshonestidad académica por parte de los estudiantes aquellos, que independientemente del carácter sancionador que tienen al infringir el ordenamiento jurídico universitario, deben de ser además éticamente reprobables por el perjuicio que originan a la institución y a la sociedad en general, por lo que a continuación se describen este tipo de actuaciones:

a) La copia y el plagio.

b) La utilización de trabajos académicos sin citar las fuentes documentales y bibliografía.

c) La presentación como propia de una tarea ejecutada total o parcialmente por terceros.

d) La presentación de un mismo trabajo o similar en más de un curso, sin referencia expresa a tal repetición y sin permiso previo del profesor a cargo de la asignatura en que se realiza la nueva presentación.

e) El uso de materiales, información o notas sin autorización previa del docente durante el transcurso de una prueba académica.

f) La obtención no autorizada de temarios y pruebas de evaluaciones y su difusión.

g) La comunicación entablada por cualquier medio telemático (directo, indirecto) durante las evaluaciones, entre estudiantes o entre éstos con terceros ajenos a la propia Universidad.

h) La utilización de libros o materiales de cualquier tipo o forma en las pruebas de evaluaciones, sin autorización expresa del profesor.

i) La participación de un estudiante en un grupo de aprendizaje sin realizar la parte que le corresponde.

j) Identificarse, firmar, dar testimonio, o efectuar presentaciones en nombre de otra persona.

Los actos de deshonestidad académica, independientemente de la sanción administrativa, podrán ser calificados cuando la gravedad sea estimada por el órgano académico responsable donde se cometa la infracción, como conducta éticamente dudosa, nominal o genéricamente.

## **9. Comisión de Responsabilidad Social y Ética.**

Como sistema de garantía para el cumplimiento de este Código se crea la Comisión de Responsabilidad Social y Ética de la Universidad, (CRSE), a la que le corresponde la promoción, aplicación, control, supervisión y evaluación de este Código.

Son competencias de esta Comisión:

a) Facilitar la mayor difusión y comprensión de este Código a todos los miembros de la comunidad universitaria.

b) Establecer medidas de control e incentivos, tanto individuales como colectivos, que se consideren necesarios para impulsar comportamientos que se consideren coherentes con los principios y criterios del Código.

c) Identificar las posibles deficiencias en los procedimientos, sistemas y estructuras que pudieran afectar negativamente, o imposibilitar el cumplimiento de este Código, dando traslado de las mismas al Defensor Universitario a través de la correspondiente queja, por si considera oportuna su elevación al órgano de gobierno correspondiente, como sugerencia o recomendación.

d) Emitir cuantos informes le sean requeridos por cualquier órgano o miembro de la comunidad universitaria, respecto a aquellas cuestiones que puedan afectar a los principios éticos y deontológicos en las tareas de enseñanza e investigación y, en particular, las relativas al cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos en el ordenamiento jurídico universitario.

e) Emitir propuestas, y en su caso pronunciamientos, a los miembros y órganos de gobierno en aquellos asuntos concernientes de la vida universitaria con implicaciones éticas relevantes.

f) Desarrollar e impulsar actividades académicas - jornadas, seminarios, congresos, talleres- para el estudio, reflexión y difusión sobre los principios éticos que deben regir la vida universitaria.

g) Elaborar una memoria anual de las actividades desarrolladas por la CRSE y que se presentará al Consejo de Gobierno.

h) Representar a la Universidad en los foros y organismos nacionales e internacionales implicados en las reflexiones éticas sobre el funcionamiento de las universidades.

Cualquier miembro, individual o colectivamente, de la comunidad universitaria de la Universidad puede solicitar la intervención de la CRSE, ante cualquier duda o planteamiento relacionados con la aplicación del Código, así como de la puesta en conocimiento de aquellas conductas contrarias al espíritu del Código.

La intervención se solicitará formalmente por escrito, dirigidas al presidente de la Comisión, expresando la identidad de la persona o personas que la presentan.

Las decisiones de la Comisión no son recurribles.

Las decisiones de la CRSE, ante la intervención solicitada podrá adoptar las formas de consulta, opinión, dictamen, informe, queja ante el Defensor Universitario, y sugerencia ante cualquier órgano de gobierno.

La CRSE de la Universidad estará formada por un número máximo de hasta 15 miembros, designados por el Consejo de Gobierno de la Universidad de entre profesores expertos, personal de administración y servicios, representantes de la Delegación General de Estudiantes, representantes de organizaciones sociales, Comité de Empresa y Junta de Personal Docente e Investigador, en la forma que se determine en su Reglamento de Régimen Interno.

### **Bibliografía.**

- ARCARI, A. e GRASSO, G., *Ripensare l'Università. Un contributo Interdisciplinare sulla legge N. 240. del 2010*, Giuffrè Editore, Milan 2011.
- ASARO, M. e MANNOCCI, G., “Università italiane: un código ético per la comunità”, *Diritto e Processo*, 13 de abril, 2011.
- AZZONE, G.; CAMPEDELLI, B. e VARASIO, E., *Il sistema di programmazione e controllo negli atenei*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- BARNABE, F., *La managerializzazione dell'Università Italiana. Le potenzialità della system dynamics*, casa Editrice Antonio Milani, Padua, 2003.
- BOMBARDELLI, M. e COSULICH, M., *L'Autonomia scolastica nel sistema delle Autonomie*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.
- BROLLO, M. e DE LUCA TAMAJO, R., *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Giuffrè editore, Milan, 2011.
- CALVANO, R., *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene Editore, Napoles, 2012.
- CAMPIONE, V. e POGGI, A., *Sovranità decentramento regole*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- CAPANO, G. e TOGNON, G., *La crisi del Potere accademico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- CATALANO, G., *Valutare le attività amministrative delle università. Aspetti metodologici e buone pratiche*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- CATALANO, G., *La valutazione delle attività amministrative delle università: il Progetto “Good practices”*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- CERRILLO i MARTINEZ, A., “Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica”, en CASTILLO BLANCO, F. (Coord.) *Compliancee e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- DE LA CRUZ AGUILAR, E, *Lecciones de historia de las Universidades*, Civitas, Madrid, 1987.
- EMBID IRUJO, A., “La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas”, *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., *La Autonomía Universitaria: ámbitos y límites*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.
- GARCÍA GARRIDO, F.E., *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Dykinson, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ GARCÍA J.V., *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GRANIERI, M., *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria. Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- GRASSI, M. e STEFANI, E., *Il sistema universitario italiano. Normativa e operativa*, CEDAM, Casa Editrice, Antonio Milani, Padua, 2007.
- GRAZIOSI, A., *L'Università per tutti*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- IGLESIAS DE USSEL, J.; DE MIGUEL, J.M. y TRINIDAD REQUENA, A., *Sistemas y políticas de Educación Superior*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2010.
- JIMÉNEZ SOTO, I., *El Defensor Universitario, una institución singular en la Universidad Española*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1998; *Derechos y Deberes en la Comunidad Universitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- JIMÉNEZ SOTO, I., “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios. Un andamio difícil de sostener con algunas piezas sueltas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 168, 2015, pp. 259-286.
- LINDE PANIAGUA E., *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en realidad*, Civitas, Madrid, 2010.
- MALAVOLTA, A. e MIRIELLO, C., *L'Ordinamento Universitario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2006.
- MANDERIEUX, L., *La proprietà intellettuale nelle Università. Guida pratica alla creazione e gestione di uffici di trasferimento tecnologico*, Università degli studi di Trento, Dipartimento de Scienze Giuridiche, Trento, 2012.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., *A vueltas con la Universidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.

- MARZUOLI, C., *Istruzione e servizio pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MASIS, A. e MORCELLINI, M., *L'Università al futuro. Sistema, progetto, innovazione*, Giuffrè Editore, Milan, 2009.
- MIDIRI, F., *L'Istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2004.
- MINELLI, E.; REBORA, G. e TURRI, M., *Il valore dell'Università. La valutazione della didattica, della ricerca, dei servizi negli atenei*, Edizioni Angelo, Milan, 2006.
- OLLERO TASSARA, A., *Que hacemos con la Universidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985.
- PAREJO ALFONSO, L., "La autonomía de las Universidades", *Aspectos administrativos del derecho a la educación, Manuales de Formación Continua*, núm. 16, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- PARUTO, G., *L'evoluzione dell'ordinamento universitario italiano*, Prefazione di Carlo Botari, Bologna University Press, 2012.
- PEMAN GAVIN, JM., "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del reglamento de disciplina académica", *Revista de Administración Pública* núm. 135, 1994, pp. 435-471.
- RINALDI, R., *La posizione Giuridica soggettiva dell'Utente di servizi pubblici*, CEDAM, Milan, 2011.
- ROSSI, A., *Legislazione Universitaria. Aggiornato alla L. 30 dicembre 2010, n. 240*, Edizione Giuridiche Simone, Napoles, 2011.
- SALVATORE, C., *Il nuovo sistema contabile e di bilancio delle Università: caratteristiche e criticità*, Giappichelli editore, Torino, 2012.
- SOSA WAGNER, F., *El Mito de la Autonomía Universitaria*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2004.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M. *Conversaciones sobre el Derecho y la Justicia en las Universidad. Entrevista a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SOUVIRON MORENILLA, J.M., y PALENCIA HERRERO, F., *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Comares, Granada, 2002.
- TORCIVIA, S., *L'autonomia dei Dipartamenti Universitari. Un'analisi economico-aziendale*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2003.

## INTERNACIONALIZACIÓN DE LA UNIVERSIDAD (2.0): LA ENSEÑANZA DEL DERECHO A TRAVÉS DEL INGLÉS

Internationalization of universities (2.0): teaching law through English

Yolanda De Lucchi López-Tapia\*  
Profesora Titular de Universidad de Derecho Procesal  
Universidad de Málaga

José Manuel Cabra Apalategui\*\*  
Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho  
Universidad de Málaga

---

### RESUMEN

En el presente artículo analizamos la evolución de la docencia en inglés en nuestras universidades; en concreto, en los Grados relativos a las Ciencias Jurídicas. En él consideramos las diferentes estrategias necesarias para la consolidación de una docencia en inglés de calidad que alcance los objetivos que las universidades se han planteado en sus respectivos planes de internacionalización.

### PALABRAS CLAVE

Universidad, docencia en inglés, internacionalización retos, objetivos, incentivos, formación docente.

### ABSTRACT

In the present paper we analyze the evolution of teaching university contents in English; specially when a Degree in Law comes into terms. We consider different challenges and strategies to consolidate a quality university teaching in order to achieve the goals universities have set out for their internationalization.

### KEYWORDS

University, university teaching in english, internationalisation, challenges, objectives, incentives, teacher's training.

---

\* Coordinadora del Curso de Formación “La enseñanza en inglés en las ciencias sociales y jurídicas” (D086/18).

\*\* Coordinador del Proyecto de Innovación Educativa “Impartición de asignaturas en inglés en la Facultad de Derecho: Diseño y desarrollo de programaciones docentes” (PIE 17-119).

**Sumario:** 1. 1. La docencia en inglés en los estudios universitarios. 1.1. La lengua extranjera como competencia curricular. 1.2. El proyecto de ciudadanía europea. 1.3. La lengua extranjera como valor añadido. 2. Estudiantes e itinerarios curriculares. Variables para un modelo en el ámbito de las ciencias jurídicas. 2.1. Internacionalización para la globalización. 2.2. Internacionalización para la *glocalización*. 3. Desafíos de la docencia en inglés. 3.1. Competencia lingüística de docentes y discentes. 3.2. Dificultades específicas en la docencia del Derecho en inglés. 3.3. Una oportunidad para la innovación docente. 4. Apoyo institucional en la implementación de la docencia en inglés. Estrategias relativas al fomento del bilingüismo 4.1. Planificación institucional de la docencia bilingüe. 4.2 Planificación por parte del centro donde se imparta docencia en inglés. implantación de grados bilingües. 5. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. La docencia en inglés en los estudios universitarios.

El proceso de internacionalización de la universidad española ha entrado desde hace algunos años en una segunda fase. Consolidada su participación en los programas de movilidad, la internacionalización se extiende al diseño de una política lingüística integral y ambiciosa de la que es elemento imprescindible la impartición de la docencia en inglés. Este movimiento responde a razones de diversa índole: académicas, políticas y económicas. Además de la adaptación a las exigencias curriculares establecidas por el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), la internacionalización de la universidad certifica su participación en la construcción y configuración de una nueva ciudadanía europea sobre la base de un espíritu cosmopolita. Asimismo, la internacionalización incorpora la dimensión económica en la reflexión sobre el sentido de la formación universitaria, tanto desde el punto de vista de la competitividad de los egresados que acceden a los mercados de trabajo, como desde lo que podría denominarse el mercado de la educación superior.

### 1.1. La lengua extranjera como competencia curricular.

Desde la implantación del EEES en nuestro país<sup>1</sup>, los nuevos planes de estudios diseñados por las universidades españolas han establecido como objetivo de la docencia el desarrollo de competencias. Entre éstas se encuentra el conocer y dominar –o alcanzar al menos un nivel aceptable y funcional– una lengua extranjera por parte de los estudiantes. Así queda reflejado en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/EC), que establece entre las ocho competencias clave que definen el *marco de referencia europeo* la “comunicación en lenguas extranjeras”. Estas competencias están orientadas principalmente, aunque no exclusivamente, a satisfacer las demandas del mercado laboral, facilitando la incorporación al mismo de los egresados universitarios en un mercado global, que ofrece nuevos escenarios profesionales en los que la comunicación en otras lenguas –especialmente el inglés, que ocupa una posición claramente preponderante – se da por supuesta.

Son distintas las vías a través de las cuales las universidades puede abordar la adquisición de competencias en lenguas extranjeras. En primer lugar, pueden plantearse estas competencias como una condición para la obtención del título correspondiente,

<sup>1</sup> Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

desplazando al alumno la responsabilidad de alcanzar y acreditar un nivel mínimo de dominio de una lengua extranjera. Ahora bien, una cosa es acreditar un nivel mínimo que permita al estudiante obtener un título oficial, y otra, muy distinta, es poder desenvolverse en un contexto profesional en una lengua extranjera. En este sentido, la impartición de docencia en inglés no sólo satisface el objetivo básico de alcanzar una competencia lingüística general, sino que permite adquirir un dominio de la lengua aplicable al ámbito profesional a través del conocimiento específico y especializado de las enseñanzas universitarias.

La política universitaria de incorporación de contenidos curriculares en inglés al Grado en Derecho puede seguir una doble estrategia: de un lado, la enseñanza *del* idioma inglés, con la impartición de asignaturas generalistas o específicas, como la de “inglés jurídico”<sup>2</sup>; y, de otro lado, la enseñanza *en* inglés de asignaturas propias de los estudios de que se trate. En el primer caso, como ocurre en los estudios de Traducción e Interpretación, el idioma es el *objeto* de conocimiento; en el segundo, el idioma es un *medio* o instrumento para la impartición de docencia y la instrucción en materias no idiomáticas. Obviamente, ambas estrategias pueden desarrollarse simultáneamente en los planes de estudio del Grado en Derecho; depende de su diseño que la combinación de ambas permita la creación de sinergias y la optimización de los recursos empleados. En todo caso, la enseñanza de asignaturas *en* inglés cumple un doble objetivo: mejorar el nivel del inglés de los estudiantes, especialmente de las especificidades de las materias objeto de estudio, y posibilitar la incorporación de estudiantes extranjeros cuya lengua de trabajo sea el inglés. Esto es ya una realidad en las Escuelas de negocios de nuestro país, cuya oferta académica en los estudios de Grado y Posgrado es casi íntegramente en inglés.

## 1.2. El proyecto de ciudadanía europea.

El proceso de homogeneización que significa la implantación del EEES es un pilar imprescindible de un proyecto de mayor calado, cual es la formación de una ciudadanía europea, en un sentido que excede el ámbito exclusivamente jurídico. En este sentido, la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999, establece la existencia de una “*concienciación creciente en la mayor parte del mundo académico y político, y en la opinión pública, de la necesidad de establecer una Europa más completa y de mayor alcance construida, en particular, mediante el desarrollo y fortalecimiento de sus dimensiones intelectual, cultural, social y científica y tecnológica*”.

Como ha señalado Belando Garín<sup>3</sup>, esta dimensión política es un factor determinante en la reciente internacionalización de nuestras universidades. La promoción de la movilidad entre estudiantes y profesores e investigadores y el consiguiente reconocimiento y valoración de los periodos de estancia en instituciones de educación superior trasciende con mucho la mera difusión del conocimiento y su explotación económica. El proceso de unificación europeo implica desde un principio la integración y cohesión sociocultural de sus ciudadanos. Desde este punto de vista, la educación superior se configura como un elemento indispensable de la *ciudadanía europea*, condición que no sólo garantiza la adquisición de las competencias necesarias para

<sup>2</sup> Una obra de referencia para la impartición de esta materia es el clásico de ENRIQUE ALCARAZ VARÓ; vid. ALCARAZ VARÓ, E. (2007), *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Barcelona: Ariel; existe una adaptación de la misma al inglés jurídico norteamericano, vid. ALCARAZ VARÓ, E. / CAMPOS PARDILLOS, M. A. / MIGUELEZ, C. (2013), *El inglés jurídico norteamericano*, Barcelona: Ariel.

<sup>3</sup> BELANDO GARÍN, B. (2016), “La enseñanza del Derecho en inglés: Lost in translation”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4.bis (extraordinario): 406-417, p. 409.

afrontar los retos del futuro, sino que mueve a tomar conciencia de los valores compartidos y de la pertenencia a una cultura y un espacio social comunes.

Corresponde a este concepto del ciudadano europeo la imagen de un *estudiante cosmopolita* capaz de participar activamente en el proceso de construcción europea a través del intercambio e integración sociocultural. Ello supone la apertura de las instituciones de educación superior a los estudiantes de otros países mediante la participación en programas de movilidad académica y/o mediante la implantación de grados y postgrados cuya lengua curricular sea el inglés, auténtica *lingua franca* de la integración europea<sup>4</sup>. Es más, la oferta de cursos y programas en inglés se ha convertido, *de facto*, en condición necesaria para la participación en las redes y programas de movilidad interuniversitaria. Una universidad sin docencia en inglés, es una universidad menos abierta al mundo.

### 1.3. La lengua extranjera como valor añadido.

La incorporación de la lengua extranjera como competencia curricular en los planes de estudio en el marco del EEES supone un valor añadido para los estudios universitarios en un doble sentido: lo es, sin duda, para la formación de los estudiantes y puede serlo también para la oferta de estudios de las instituciones universitarias.

#### 1.3.a. Adecuación del curriculum vitae al mercado de trabajo.

En un sentido estrictamente jurídico, la ciudadanía europea lleva aparejada la titularidad de un amplio catálogo de derechos y libertades. Entendida más ampliamente, el concepto de ciudadanía europea, como hemos visto en el apartado anterior, incorpora otros elementos o aspiraciones, entre las que se encuentra la adquisición de una formación que permita afrontar con garantías los retos del futuro. Esto significa que la convergencia de los planes de estudio en el ámbito europeo y, en particular, el dominio de lenguas extranjeras, no operan únicamente como ingredientes de la integración social y cultural europea, sino que tienen una evidente vertiente económica.

En un contexto global, el mercado laboral ha perdido su referente nacional: las grandes empresas son hoy estructuras transnacionales y, asimismo, las pequeñas y medianas empresas se han visto obligadas a expandirse a otros mercados. Las propias relaciones humanas se han internacionalizado y, con ello, los conflictos jurídicos<sup>5</sup>. Estas situaciones demandan un profesional plurilingüe y, en muchos casos, con conocimientos de los

<sup>4</sup> Como señala VEGA GARCÍA, si se analizan los comunicados y declaraciones resultantes de los diversos encuentros que con posterioridad a la Declaración de Bolonia han tenido lugar entre los ministros de educación europeos –Praga (2001), Berlín (2003), Bergen (2005), Londres (2007), Leuven/Lovain-La-Neuve (2009) y Budapest/Viena (2010)–, “no se menciona expresamente la necesidad de promover el empleo de una lengua común en el ámbito de la educación superior. Al contrario, suele remarcar la necesidad de respetar la diversidad lingüística y cultural de los distintos países europeos. Sin embargo, es evidente que algunos de los objetivos que plantea la creación de un espacio europeo de educación superior (la promoción de la movilidad de estudiantes y profesores, la internacionalización de la investigación, la cooperación entre instituciones de distintos países...) son más fáciles de alcanzar si en ciertos ámbitos se emplea una lengua común. En la actualidad, es claro que la lengua que cumple tal función es el inglés” (VEGA GARCÍA, A. (2011), “La introducción del inglés en la docencia y su influencia en los contenidos de las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario”, (VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario 'Jaime García Añoveros', 18-19 de noviembre 2010, Madrid), Madrid: Instituto de Estudios Fiscales: 147-161, cita en p. 148).

<sup>5</sup> FERREIRO BAAMONDE, X. / NEIRA PENA, A. M. (2014), “El inglés como herramienta para el estudio del Derecho Procesal. Programa orientado a la enseñanza del Derecho en lengua inglesa”, *Reduca (Derecho)*. Serie Derecho Procesal. 5 (1): 132-143, p. 133.

ordenamientos jurídicos extranjeros<sup>6</sup>. La integración laboral en el contexto global depende de la capacidad del trabajador para operar en este tipo de entornos, que demandan no sólo habilidades profesionales específicas y especializadas, sino su adaptación idiomática al contexto internacional. Es más, si bien parece obvio que el dominio de otras lenguas, en especial el inglés, aumenta la empleabilidad de los graduados universitarios, en determinados ámbitos profesionales, el dominio de lenguas extranjeras no es un valor añadido, sino una *conditio sine qua non*, de manera que la carencia de competencias para comunicarse y trabajar en otras lenguas supone la expulsión del mercado de trabajo.

### *1.3.b. El mercado de la educación superior.*

Tradicionalmente, la educación superior en España, concebida esencialmente como un servicio público, se ha mantenido ajena a los mecanismos de mercado. La proliferación de centros universitarios por todo el territorio nacional fue de la mano de un aumento significativo de la población, que accedió regularmente a estudios superiores, cubriendo así la amplia oferta de estudios universitarios. Este panorama, sin embargo, ha cambiado sustancialmente desde finales del siglo pasado: se ha producido un descenso paulatino de la natalidad, los nuevos modelos de negocio y los cambios en el modelo productivo han llevado a la ruptura del binomio educación superior/empleo, la incorporación de las nuevas tecnologías a la educación ha permitido modalidades asincrónicas y no presenciales de docencia que han derivado en la aparición de multitud de instituciones universitarias no presenciales y, en fin, la oferta de títulos oficiales por parte de un pujante sector privado, antes minoritario, ha aumentado en los últimos años de manera importante. Todas estas circunstancias empiezan a definir un escenario de competencia entre los centros de educación superior, públicos y privados, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, en que la incorporación de enseñanzas en inglés a los planes de estudio busca ampliar el número de potenciales alumnos.

## **2. Estudiantes e itinerarios curriculares. Variables para un modelo en el ámbito de las ciencias jurídicas.**

La diversidad de objetivos que pretende alcanzar la impartición de docencia en inglés –adquisición de competencias lingüísticas, integración europea y global, adecuación a las demandas del mercado de trabajo y ampliar la oferta educativa– exige reflexión acerca de los destinatarios de esa oferta académica y, en función de éstos, acerca de su contenido. Esta cuestión resulta especialmente relevante en los estudios de Derecho, dado que gran parte de las materias estudiadas en el Grado en Derecho tienen validez territorial –esencialmente nacional– y no universal, a diferencia de las ciencias naturales o los saberes técnicos. En este sentido, la oferta académica en inglés deberá adoptar una diferente estrategia curricular en función de cuáles sean sus objetivos, que pueden diferir enormemente.

---

<sup>6</sup> En particular en el Derecho procesal, en el que el dominio del inglés “viene exigido por el vertiginoso incremento de la delincuencia transnacional, el desarrollo cada vez más profundo de los indispensables mecanismos de cooperación judicial internacional que demandan una homogeneización en temas tales como los regímenes de prueba o los derechos de los intervinientes en el proceso, siendo especialmente intensas las necesidades de acercamiento y coordinación en el denominado espacio europeo de seguridad, libertad y justicia” (FERREIRO BAAMONDE, X. / NEIRA PENA, A. M., “El inglés como herramienta para el estudio del Derecho Procesal”, op. cit., p. 133).

## 2.1. Internacionalización para la globalización.

Los objetivos de la docencia en inglés en el ámbito jurídico en ningún caso se reducen a la adquisición de competencias lingüísticas por parte del alumnado. Incluso cuando la oferta docente es de un número limitado de asignaturas o cursos en el marco del Grado en Derecho, ésta satisface, al menos, algunos de estos dos objetivos: bien la internacionalización de los estudiantes locales, bien la integración cultural mediante incorporación de estudiantes extranjeros beneficiarios de programas de movilidad – Erasmus u otros– cuya lengua materna no es necesariamente el inglés.

Si de lo que se trata es de ofrecer una formación orientada al contexto internacional, una oferta docente de materias jurídicas cuyo único hecho diferencial sea el idioma resulta insuficiente. Como ha señalado BELANDO GARÍN<sup>7</sup>, este escenario requiere algo más que una mera traducción de los textos legales (lo cual, por otra parte, plantea no pocos problemas, como veremos más adelante); requiere que los estudiantes adquieran las competencias necesarias para poder desarrollar su actividad profesional no sólo en otro idioma, sino en otro sistema jurídico. Ello supone no sólo conocer el funcionamiento de esos sistemas, sino también dominar las habilidades jurídicas necesarias para operar en esos sistemas, como la oratoria, habilidades negociadoras, etc. Sin embargo, no resulta fácil incorporar estas modificaciones sin que el contenido de las materias impartidas en inglés se aparte significativamente de lo establecido en las Memorias de Verificación de los títulos, que suelen recoger, en gran parte, el derecho interno.

Una alternativa para completar la formación internacional de los estudiantes locales o nacionales es la oferta de títulos propios de derecho inglés, como el título de *English Law Studies* ofertado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga<sup>8</sup>, que forma a los alumnos españoles en los fundamentos y funcionamiento del *common law*, al tiempo que desarrollan sus estudios de Derecho en la tradición del *civil law*.

Un enfoque distinto viene dado cuando el estudiante a quien se dirige la docencia en inglés es un estudiante extranjero que participa en programas de movilidad internacional. Aquí la dimensión académica está supeditada a un objetivo más amplio, cual es la integración cultural y el fomento del espíritu cosmopolita. Al igual que en el escenario anterior, los contenidos no pueden consistir en la mera traducción al inglés del derecho nacional. En este marco resultan especialmente adecuadas los cada vez más relevantes estudios de Derecho comparado, el Derecho Internacional y Derecho Comunitario o aquellas materias en los que la regulación internacional resulte más relevante, como el Derecho Mercantil. Asimismo, se ajustan a este tipo de oferta académica los saberes de tipo universal, como la Teoría del Derecho, la Historia del Derecho, la Economía o la Ciencia Política<sup>9</sup>.

Por último, una estrategia más ambiciosa para el objetivo de la integración cultural es la creación de dobles titulaciones con universidades de otros países, de manera que el alumno curse parte de su formación en el otro país, obteniendo al final de sus estudios los

<sup>7</sup> BELANDO GARÍN, B., “La enseñanza del Derecho en inglés: Lost in translation”, op. cit, p. 410.

<sup>8</sup> <https://www.uma.es/facultad-de-derecho/info/107351/english-law-menu/>

<sup>9</sup> Una reflexión en este sentido sobre la impartición en inglés de las materias de Derecho Financiero y Tributario puede verse en VEGA GARCÍA, A., “La introducción del inglés en la docencia y su influencia en los contenidos de las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario”, op. cit. Sobes esta misma materia, vid. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (2016), “La introducción del inglés en la explicación de las asignaturas del Grado en Derecho en España: especial referencia a la asignatura de Derecho Financiero y Tributario impartida en la Facultad de Derecho de Málaga”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* 14: 75-83.

títulos de ambas instituciones. A pesar del enorme vínculo que se genera entre las comunidades docentes y discentes de ambos lados, se trata de proyectos de una mayor complejidad puesto que deben conjugarse distintas, y a veces hasta opuestas planificaciones de sistemas de estudios. Lo que podría ser relativamente fácil cuando se trata de universidades francesas o italianas, se torna más complicado cuando hablamos de universidades del Reino Unido o incluso americanas. De ahí que sean actualmente pocas las universidades que tienen oferta de dobles titulaciones conjuntas con universidades de habla inglesa, aunque tienden a aumentar en cada curso académico<sup>10</sup>.

## 2.2. Internacionalización para la *glocalización*.

En la literatura especializada, la enseñanza del derecho en inglés no parece dejar espacio para el derecho español en lengua inglesa<sup>11</sup>. Ya sea para favorecer la internacionalización del alumnado nacional, ya sea para favorecer la integración del alumnado extranjero, pareciera que el derecho interno debe dejar sitio al derecho inglés, al derecho comparado o, directamente, al derecho internacional y supranacional. Sin embargo, la globalización del tráfico mercantil y la internacionalización de los conflictos y, con ello, del propio derecho, no significa, ni mucho menos, la desaparición o la irrelevancia del derecho interno, por mucho que algunas esferas de nuestro ordenamiento hayan quedado supeditadas al derecho internacional y, especialmente, al derecho comunitario. Debemos, por tanto, introducir aquí una tercera variable, que apenas ha sido considerada hasta el momento: el desarrollo de la actividad profesional en otro idioma, pero no en otro sistema jurídico. Especialmente en las zonas turísticas de nuestro país se asienta una importante comunidad de residentes no nacionales que tienen el inglés como lengua materna o como lengua de comunicación. Esta numerosa comunidad, con un nivel adquisitivo medio-alto, requiere de un asesoramiento jurídico en asuntos de derecho interno, si bien su desconocimiento del español hace que la comunicación se desarrolle en su mayor parte en lengua inglesa. No es inhabitual, además, que al tratar estos asuntos se entablen relaciones con otros colegas extranjeros que ignoran en su mayor parte el funcionamiento del sistema jurídico español.

Resulta evidente que este objetivo tampoco se alcanza mediante la mera traducción de un glosario de términos jurídicos o una intensa inmersión lingüística, sino sobre la base de una formación comparatista que permita la completa comprensión de las equivalencias, cuando existan, así como de las divergencias entre el derecho e instituciones propias de cada ordenamiento jurídico. Ahora bien, y por ello no puede preterirse el derecho interno, el objetivo es que el profesional sea capaz de explicar las particularidades y el funcionamiento del sistema jurídico español a sus clientes y colegas no nacionales de habla inglesa.

Frente a los modelos orientados a la plena internacionalización de la formación académica y a la prestación de servicios en un entorno global, basados en la enseñanza del derecho internacional (derecho europeo de la competencia, derecho fiscal internacional, etc.) o de derechos comparados, esta alternativa representaría, *mutatis*

<sup>10</sup> Ejemplo de éstas son la Universidad de las Palmas de Gran Canaria <https://www.ulpgc.es/sic/programa-doble-titulacion-grado-ade-y-grado-derecho-doble-titulacion-internacional>, o el doble grado conjunto en Derecho que ofrece la Universidad de A Coruña con la South Wales University <http://www.dereito.udc.es/dobre-grao-south-wales-university/>

<sup>11</sup> BELANDO GARÍN, B., “La enseñanza del Derecho en inglés: Lost in translation”, op. cit., *passim*; VEGA GARCÍA, A., “La introducción del inglés en la docencia y su influencia en los contenidos de las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario”, op. cit., p. 159; FERREIRO BAAMONDE, X. / NEIRA PENA, A. M., “El inglés como herramienta para el estudio del Derecho Procesal”, op. cit., p. 137.

*mutandis*, lo que en otros ámbitos se ha denominado *glocalización*, esto es, la adaptación de fenómenos y estándares globales a las condiciones locales. Con todo, es muy escasa la oferta de estudios que adopta este perfil como referencia<sup>12</sup>, a pesar de la demanda existente de este tipo de servicios jurídicos y de que el nivel de competencia lingüística y el conocimiento de otros sistemas jurídicos necesario para la prestación de estos servicios es muy inferior al requerido para operar en contextos globales y exclusivamente internacionales.

### 3. Desafíos de la docencia en inglés.

#### 3.1. Competencia lingüística de docentes y discentes.

No podemos desconocer que uno de los parámetros que influye directamente en el éxito de una docencia de calidad en lengua inglesa radica en el nivel de competencia lingüística de los docentes. Y el desafío de la docencia en inglés pasa directamente por la articulación de un sistema de acreditación del profesorado cualificado para esta tarea. Así lo establece el documento *Estrategia para la Internacionalización de las Universidades Españolas 2015-2020*, elaborado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte<sup>13</sup>, que establece pautas y recomendaciones articuladas sobre tres líneas de actuación: acreditación, formación e incentivación. A las dos segundas líneas nos referiremos posteriormente cuando hagamos una recopilación de las medidas aconsejables que debe adoptar cada Universidad. Sí queremos en este momento referirnos a esa primera línea de actuación que consiste en la debida acreditación del profesorado para alcanzar objetivos óptimos de calidad en el proceso enseñanza-aprendizaje<sup>14</sup>.

A diferencia de otros niveles educativos, como Primaria o Secundaria, donde sí se han establecido las cualificaciones requeridas para ser profesor bilingüe<sup>15</sup>, en el nivel educativo superior no hay criterios unificados que determinen de una manera homogénea la acreditación que deben poseer los docentes que quieran impartir sus clases en inglés<sup>16</sup>. Se deja, por tanto, a criterio de cada una de las Universidades la exigencia de un nivel

<sup>12</sup> Una excepción es el “Curso de Experto universitario en Derecho Español impartido en inglés. Estudio de conjunto”, impartido por la Universidad Internacional de Andalucía con la colaboración del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía; vid. MARTÍNEZ GARCÍA, A. / DE TORRES PEREA, J. M. (2014), “El aprendizaje del inglés jurídico y la enseñanza del Derecho Español en lengua inglesa. Sobre una experiencia pionera en España”, *Noticias Jurídicas* (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4920-el-aprendizaje-del-ingles-juridico-y-la-ensenanza-del-derecho-espanol-en-lengua-inglesa-sobre-una-experiencia-pionera-en-espana/>).

<sup>13</sup> MECD (2014) *Estrategia para la Internacionalización de las Universidades Españolas 2015-2020*. Disponible en:

<http://www.educacionyfp.gob.es/educacion-mecd/dms/mecd/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/politica-internacional/estrategia-internacionalizacion/EstrategiaInternacionalizaci-n-Final.pdf>.

<sup>14</sup> Tal y como establecen TORRA BITLLOCH, I; MÁRQUEZ CEBRIÁN, M.D.; PAGÉS COSTAS, T; SOLÁ I YSUAR, P; GARCÍA CAMPOS, R; MOLINA LUQUE, F; GONZÁLEZ SOTO, A. Y SANGRÁ MORER, A., “el profesorado debe considerarse como una pieza más de la arquitectura que la universidad pone en juego para conseguir una enseñanza de calidad”, en (2013) “Retos institucionales de la formación del profesorado universitario” en *Revista de Docencia Universitaria*, vol. 11 (1): 285–309, p. 287.

<sup>15</sup> MARTÍN DEL POZO, M.A. (2013), “Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés”, en *Revista de Docencia Universitaria (REDU)*, vol. 11(3): 197–218, p. 209.

<sup>16</sup> Para un estudio sistemático y comparado de (i) las políticas desarrolladas por las diferentes universidades españolas en los nuevos títulos de grado y máster en relación con el nivel de inglés exigido; (ii) de los recursos que ofrecen para hacer frente a la necesidad de los estudiantes de alcanzar los niveles de inglés exigidos; y (iii) de los criterios para acreditar dicho nivel, vid. HALBACH, A. / LÁZARO LAFUENTE, A. / PÉREZ GUERRA, J. (2013), “La lengua inglesa en la nueva universidad española del EEES”, *Revista de educación* 362: 105-132.

mínimo de formación en idiomas a sus docentes para la capacitación de la docencia en inglés. Por ejemplo, la Universidad de Málaga sólo establece como recomendación para la docencia en inglés la acreditación del nivel C1 del MCERL (Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas), pero no exige una acreditación formal. Sería aconsejable que se estableciera un criterio uniforme para todas las Universidades, tal y como aconseja el *Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español* elaborado por la CRUE<sup>17</sup>.

Desde nuestro punto de vista, sería incluso recomendable establecer una prueba de acreditación específica para la docencia en inglés, tal y como hace, por ejemplo, la Universidad de Vigo, que ha instaurado lo que se denomina *HELA (Higher Education Lecturing Accreditation)* y que consiste en una prueba específica de acreditación para la docencia en inglés del profesorado. Esta prueba evalúa si el profesorado que carece de una acreditación oficial de idioma posee las competencias lingüísticas necesarias para enfrentarse a la docencia en una lengua extranjera con éxito. Valora el dominio de la lengua, la fluidez, las habilidades comunicativas, la presentación oral y la capacidad de interacción con el alumnado.

No obstante, también somos conscientes de que el número de trabas y requisitos añadidos para acreditar la competencia del docente es inversamente proporcional a su disposición para impartir docencia en inglés, sobre todo, si las recompensas son escasas. De esta manera, consideramos que, si bien es necesario homogeneizar el criterio de acreditación de la competencia del docente, es absolutamente imprescindible aumentar el reconocimiento del mismo de una manera tangible, como veremos en el siguiente epígrafe. Por suerte, cada año que pase será más fácil “animar” a la docencia en inglés, porque la nueva generación de profesores universitarios trae incorporada casi de “fábrica” unas competencias idiomáticas mejores que las generaciones anteriores.

Si por razones obvias, la acreditación de las capacidades del docente para impartir clases en inglés es una cuestión determinante, no lo es menos la acreditación del conocimiento del idioma por parte del alumnado, aunque también en esta materia los años venideros favorecerán una incorporación más fluida a la universidad de un alumno competente desde el punto de vista bilingüe, por las mismas razones expuestas anteriormente para el docente; hoy día, el aprendizaje del inglés es una cuestión prioritaria en niveles de educación inferiores e incluso desde un punto de vista cultural y social.

Pero no queremos pasar por alto alguna referencia a las disfunciones que pueden plantearse en un grupo de docencia universitaria bilingüe y que de hecho se producen. En principio, lo que se denomina “*aula internacional*” engloba a alumnos de muy diversa idiosincrasia y con diferentes niveles de competencia idiomática. A pesar de que la mayoría de las universidades exigen un nivel de inglés equivalente a B1 o B2 para poder cursar asignaturas en inglés (a nuestro juicio, el nivel de B1 es excesivamente bajo<sup>18</sup>, sobre todo para materias jurídicas, en las que la terminología es complicada y el uso del lenguaje es esencial para la evaluación), nos encontramos con que los grupos pueden estar conformados por multitud de subniveles entre el B2 y el C2. Si a ello añadimos que

<sup>17</sup> Documento elaborado por el Subgrupo de Trabajo de Política Lingüística CRUE-IC. Coordinadores: Plácido Bazo Martínez Dolores González Álvarez Miembros: Aurora Centellas Rodrigo, Emma Dafouz Milne, Alberto Fernández Costales, Víctor Pavón Vázquez. Mayo 2017, p. 6.

<sup>18</sup> Sobre las carencias en comprensión lectora y desarrollo de destrezas metacognitivas que permiten al estudiante controlar su propio aprendizaje y superar los obstáculos idiomáticos, vid. GÓMEZ LÓPEZ, A. / SOLAZ PORTOLÉS, J. J. / SANJOSÉ LÓPEZ, V. (2014), “Competencia de lengua inglesa de estudiantes universitarios españoles en el contexto del EEES: nivel de dominio lingüístico, estrategias metacognitivas y hábitos lectores”, *Revista de educación* 363: 154-183.

pueden integrar los grupos alumnos nativos, el panorama se complica, puesto que el docente tendrá que adecuar un nivel intermedio para lograr, por así decirlo, un consenso idiomático.

Esta disfunción ha motivado que, en determinadas universidades, como por ejemplo la Universidad de Salamanca, se haya excluido de su docencia en inglés a los alumnos Erasmus, porque son los que pueden contribuir a fomentar esas disfunciones a las que antes nos referíamos. Es cierto que los alumnos Erasmus deberían estar integrados en un aula no internacional porque ello potenciaría el aprendizaje de nuestro idioma, pero también es cierto que estos alumnos, fundamentalmente proveniente de los países de lengua inglesa, tiene serias dificultades con el castellano como para incorporarlo a un sistema de docencia en dicho idioma.

En tanto en cuanto la docencia sea en grupos poco numerosos, resultaría del todo poco operativo establecer dos grupos diferentes para alumnos Erasmus y para alumnos españoles, por lo que se ha de tratar cohesionar los diferentes niveles con una atención docente más personalizada e individualizada por parte del docente.

### 3.2. Dificultades específicas en la docencia del Derecho en inglés.

Como ya se ha dicho, las ciencias jurídicas presentan una peculiaridad que hace que la docencia en inglés presente dificultades específicas que no se dan en otros ámbitos del conocimiento. A diferencia de los saberes empíricos, técnicos, teóricos o humanísticos, un alto porcentaje de las materias jurídicas tiene carácter nacional, esto es, su validez se circunscribe al ámbito territorial estatal. No obstante la homogeneización normativa que propician la trasposición de la normativa europea en determinadas materias o la hegemonía de las jurisdicciones anglosajonas en el ámbito del Derecho internacional, el Derecho sigue siendo, en su mayor parte, derecho nacional. Esto genera, al menos dos tipos de dificultades específicas a la hora de impartir docencia en inglés.

La primera de estas dificultades es la ausencia de materiales docentes y documentos normativos en inglés. Si se opta un modelo de enseñanza en que la materia de estudio no es la vertiente internacional de la rama del derecho de que se trate (por ejemplo, el derecho internacional tributario, el derecho penal internacional o el derecho procesal internacional) o el derecho comparado, el profesor se enfrenta a una escasez de textos y documentos normativos en inglés, que le obligan a la preparación de material didáctico específico. Por otra parte esta carencia debe ser considerada y ponderada en la evaluación del estudiante.

Dicho esto, en tiempos recientes es constatable la aparición en el mercado editorial de obras de referencia para la docencia del derecho español en inglés, como los trabajos de Ana María Prieto del Pino, *Lessons of spanish substantive Criminal Law* (Aranzadi, 2017), Yolanda Bergel Saínz de Baranda, *Handbook on Spanish Civil Patrimonial Law* (Tecnos, 2019<sup>3</sup>), Sonia Martín Santiesteban y Luz Martínez Velencoso, *Handbook on Spanish Civil Law (Part 1). Law of the Person* (Publicacions de la Universitat de València, 2016<sup>2</sup>) o el de María Jesús Guerrero Lebrón, Zofia Bernarz y Antonio Galacho Abolafio, *Commercial and Economic Law in Spain* (Kluwer Law International BV, 2018). Asimismo, el Ministerio de Justicia cuenta en su página web con un apartado de traducciones de algunos de los textos jurídicos más relevantes, entre los que se encuentra el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Enjuiciamiento Penal, entre

otros<sup>19</sup>, si bien en algunos casos están pendientes de actualización respecto de las reformas más recientes.

La segunda y más compleja dificultad que afronta quien pretenda enseñar derecho en lengua inglesa es lo que en el ámbito de la traducción y la interpretación se denomina como *anisomorfismo*<sup>20</sup>. La lengua o la cultura no son correlatos o reflejos de la realidad; son construcciones, taxonomías y categorizaciones de una realidad que se nos presenta como un *continuum*. Las estructuras, los conceptos y los distintos modos de expresar una y la misma realidad no responden a una clasificación natural y necesaria, sino que tienen carácter contingente y responde a los intereses y vivencias de cada grupo social. El problema se agudiza cuando nos referimos a instituciones jurídicas cuya función social es muy similar, pero entre las que no resulta fácil establecer relaciones de equivalencia en su diseño interno, los roles de los agentes que participan en el funcionamiento de la misma, etc. Las categorías, los tipos de relación jurídica, las capacidades jurídicas de las personas físicas o jurídicas, etc., son distintos en cada ordenamiento, incluso entre aquellos que pertenecen a una misma tradición jurídica (*civil law* o *common law*), y susceptibles de ser modificados. En fin, como ha señalado Ibáñez Marsilla, “*muchos conceptos jurídicos carecen de un equivalente en otras lenguas: en materia jurídica damos nombres distintos en cada idioma a realidades que, en muchas ocasiones, son asimismo distintas*”<sup>21</sup>.

### 3.3. Una oportunidad para la innovación docente.

La docencia del Derecho en inglés supone un replanteamiento de las estrategias docentes, pero, al mismo tiempo, una oportunidad –enfaticada por el giro metodológico que supone el Plan Bolonia– para la innovación<sup>22</sup>. El uso del inglés como herramienta docente no sólo condiciona los contenidos de la materia o la composición del grupo docente, sino que afecta directamente la forma de enseñar y de aprender. Si hay una cuestión sobre la que existe un consenso generalizado, esa es que la enseñanza en inglés de las materias jurídicas debe vincular la adquisición de competencias lingüísticas con el aprendizaje de contenidos. Este paradigma metodológico, conocido por los acrónimos en inglés CBI (*Content-based Instruction*) o CLIL (*Content and Language Integrated Learning*)<sup>23</sup>, elimina la separación entre el aprendizaje de una lengua y el aprendizaje de otras materias, a la que considera artificial. Así, la adquisición de competencias lingüísticas y de conocimiento material se integran en un proceso interactivo entre lengua

<sup>19</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/documentacion-publicaciones/publicaciones/traduccion-derecho-espanol>

<sup>20</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A. / DE TORRES PEREA, J. M. “El aprendizaje del inglés jurídico y la enseñanza del Derecho Español en lengua inglesa. Sobre una experiencia pionera en España”, *op. cit.*

<sup>21</sup> IBÁÑEZ MARSILLA, S., “La evaluación de los estudiantes en el PIE *Enseñanza del Derecho en inglés* de la Facultad de Derecho”, *@tic. Revista d’innovació educativa* 9 (2012) [En línea] <https://ojs.uv.es/index.php/attic/article/view/2325/1900>.

<sup>22</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C. (2017), “Docencia Universitaria en lengua extranjera: un espacio para la innovación”, *II Jornadas de Innovación Docente Universitaria (Universidad de Cádiz). Libro de Actas: 76-78*, p. 77; ALCÓN SOLER, E. (2011), “La universidad multilingüe”, *Revista de Docencia Universitaria (REDU)*. Monográfico: El espacio europeo de educación superior. Hacia dónde va la universidad europea? 9 (3): 119-127, p. 124.

<sup>23</sup> Ambos métodos son similares en lo esencial, como sostiene CENOZ, J. (2015), “Content-based instruction and content and language integrated learning: the same or different?” *Language, Culture and Curriculum* 28 (1): 8–24.

y contenidos que, por su carácter pragmático y proactivo, favorece la consolidación de la lengua extranjera al tiempo que amplía los conocimientos y habilidades del estudiante<sup>24</sup>.

Ahora bien, la efectividad de estos programas en los que la adquisición de competencias lingüísticas y de conocimiento aparece vinculada, dependerá tanto de las competencias lingüísticas del profesorado, como de su capacidad para adaptar la metodología docente a este escenario<sup>25</sup>. En la literatura referida específicamente a la enseñanza del Derecho podemos encontrar algunas indicaciones en este sentido. En primer lugar, que tanto el diseño de la programación docente, como el desarrollo de las clases, debe centrarse en la materia objeto de estudio antes que en los aspectos lingüísticos: el centro del proceso de instrucción son los contenidos, no el aprendizaje de la lengua *per se*, el cual se espera sea el resultado de la adquisición de conocimientos o contenidos. No obstante, cuando sea posible (que no siempre lo es, como hemos indicado más arriba), es esencial la utilización de materiales extraídos de fuentes en versión original que reflejen la lengua tal cual es usada en la práctica real<sup>26</sup>. Asimismo, es necesario adaptar a la cultura audiovisual los elementos predominantemente lingüísticos de la docencia tradicional, evitando el uso de un excesivo léxico e incorporando, mediante el uso de las TIC, imágenes, mapas conceptuales o realizando glosarios de términos que favorezcan su comprensión y asimilación<sup>27</sup>. Por último, el trabajo en el aula debe adquirir un perfil más dinámico, participativo e interactivo (algo que se ve favorecido por el –todavía– reducido número de alumnos que opta por la docencia en inglés); la lección magistral debe dejar paso a una docencia menos jerarquizada y más transversal, lo que implica necesariamente el trabajo previo –lecturas, consulta de material diverso– del alumno.

#### 4. Apoyo institucional en la implementación de la docencia en inglés. Estrategias relativas al fomento del bilingüismo.

Como se ha dicho al comienzo, la internacionalización universitaria ha dejado de ceñirse únicamente a los programas de movilidad y se ha extendido al diseño de una política lingüística integral; diseño que debe alcanzar todas las áreas de actividad e impregnar con un enfoque global a la propia institución. Así, el documento *Estrategia para la Internacionalización de las Universidades Españolas 2015-2020*, al que nos hemos referido anteriormente, recomienda como medidas para aumentar el atractivo internacional de nuestras universidades, entre otras, “incrementar el número de programas de Grado y Máster bilingües, impartidos en español e inglés u otras lenguas extranjeras”<sup>28</sup> y “promover el aprendizaje de un nivel suficiente de inglés por todo el PDI, PAS y cargos académicos”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> ALEJOS JUEZ, M<sup>a</sup>. T. (2010), “La vinculación de la lengua y contenidos en la enseñanza en inglés del sistema jurídico anglo-norteamericano en los estudios de Derecho”, en Cotino Hueso, L. / Presno Linera, M. A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Recursos, reflexiones y experiencias docentes*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València; vid. en el mismo sentido VEGA GARCÍA, A., “La introducción del inglés en la docencia y su influencia en los contenidos de las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario”, op. cit., 149.

<sup>25</sup> LASAGABASTER, D. (2012): “El papel del inglés en el fomento del multilingüismo en la universidad”, *Estudios de lingüística inglesa aplicada* (ELIA) 12: 13-44, pp. 19–20.

<sup>26</sup> ALEJOS JUEZ, M<sup>a</sup>. T., “La vinculación de la lengua y contenidos en la enseñanza en inglés del sistema jurídico anglo-norteamericano en los estudios de Derecho”, op. cit.

<sup>27</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “Docencia Universitaria en lengua extranjera: un espacio para la innovación”, op. cit., p. 77.

<sup>28</sup> Objetivo 2.4 del citado documento.

<sup>29</sup> Acción 2.4 del citado documento.

En este nuevo ámbito de actuación, le corresponde a cada Universidad diseñar sus planes de internacionalización y bilingüismo e integrar dentro de esos planes todas las medidas que fomenten e incentiven la docencia en otro idioma, fundamentalmente en el inglés como *lingua franca*. Tal y como establece también el *Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español* de la CRUE, “la implantación de una política lingüística que impulse la promoción de las lenguas para la internacionalización se basa, necesariamente, en un programa integral de incentivos, ajustado a los recursos de cada institución, que incluya a toda la comunidad universitaria”.

De ahí que casi todas las Universidades españolas hayan creado un Programa de Internacionalización que integre esa política lingüística e incluso, muchas de esas Universidades han diseñado Planes específicos de docencia bilingüe<sup>30</sup>. La UMA no goza de ese plan específico aún, que se encuentra en vías de desarrollo, pero sí ha diseñado un Plan Integral de Docencia en el que algunas de sus acciones están enfocadas a la implementación real y efectiva de la docencia en inglés<sup>31</sup>.

Del análisis de todos esos planes se desprende la exigencia de una actuación coordinada desde los diferentes niveles universitarios, tanto desde un macronivel (planificación, respaldo institucional y recursos) como desde un micronivel (formación del profesorado)<sup>32</sup>. Así, el Documento de la CRUE recomienda que las diferentes universidades destinen una partida presupuestaria específica a tres ejes diferentes: acreditación, formación e incentivación. Al eje de la acreditación nos hemos referido en el anterior epígrafe, por lo que abordaremos ahora las fortalezas y debilidades del sistema en la formación e incentivación del profesorado, líneas que entran dentro de las acciones estratégicas que la Universidad debe asumir con el fin de garantizar la viabilidad y sostenibilidad del proceso de internacionalización del sistema universitario español.

#### 4.1. Planificación institucional de la docencia bilingüe.

Todos somos conscientes que la docencia en inglés, sobre todo en grados como el de Derecho, donde resulta ciertamente compleja la materia, se presenta inicialmente como una meta más difícil de alcanzar. Esta dificultad sitúa al docente al que se le haya pasado por la cabeza impartir sus clases en inglés en una posición complicada frente al resto de docentes que imparten asignaturas en castellano: le va a costar más horas de esfuerzo impartir esa docencia, va a tener que estar inmerso en un plan de formación continuada puesto que una lengua no deja de aprenderse nunca, y, como se ha señalado, va a tener mayor dificultad de acceso a los materiales, puesto que muchos de ellos no van a estar traducidos. Si a eso le añadimos que el proceso de enseñanza–aprendizaje en una lengua extranjera no descansa únicamente en el cambio de lengua vehicular, sino que lleva aparejado una transformación sustancial en el modelo de gestión de las clases, con un aparataje pedagógico específico de utilización de los materiales y una redefinición del modelo de evaluación<sup>33</sup>, ello significará que el docente necesita un mayor incentivo que su propio enriquecimiento personal.

<sup>30</sup> Plan para la Internacionalización de la Docencia, de la Universidad Complutense de Madrid, Plan DOing, de la Universidad Autónoma de Madrid, Plan IngDocUsal, de la Universidad de Salamanca, Plan de Política Lingüística de la Universidad de Granada, entre otras.

<sup>31</sup> <https://www.uma.es/plan-propio-integral-de-docencia/>

<sup>32</sup> MARTÍN DEL POZO, M.A. (2013), “Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés”, op. cit., p. 207.

<sup>33</sup> *Documento marco de política lingüística para la internacionalización del sistema universitario español*, elaborado por la CRUE, p. 7.

Por ello, una de las primeras medidas que deben integrar los planes universitarios de promoción, internacionalización o apoyo a la docencia bilingüe deben ser el **reconocimiento de una mayor carga docente del profesor** en los planes de ordenación académica. Además, la planificación de la docencia en inglés entre los diferentes grupos de las asignaturas puede implicar la necesidad de tener que aumentar el número de grupos, lo que sucede, por ejemplo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Esto conlleva que para las diferentes áreas de conocimiento la docencia en inglés implique un profesor menos para impartir el resto de grupos en castellano, lo que hace que las áreas se vean a veces reticentes a la hora de facilitar a sus docentes la impartición de clases en inglés. Se necesitan medidas que vayan encaminadas tanto a reconocer académicamente el esfuerzo extra que supone este tipo de docencia, pero también el reconocimiento del área de conocimiento que debe estar implicada en la docencia bilingüe en todas sus asignaturas.

En la Universidad de Málaga, el Plan de ordenación Académica (POD) reconoce una mayor carga docente en la asignatura concreta, puesto que establece que la participación académica de los grupos de una asignatura impartidos en otro idioma se incrementará en un veinticinco por ciento. De esta manera, la carga docente del área de conocimiento se ve incrementada, lo que influye en la determinación de las necesidades de profesorado. Sin embargo, las horas de docencia asignada al profesor son las reales, sin el *bonus* del 25 %. Es en el proceso de asignación docente donde los directores de departamento deberían tener ese *bonus* en consideración y hacerlo valer para los profesores con asignaturas en inglés. Es decir, a esos profesores se les deberían computar esas horas de docencia multiplicado por 1.25 en el reparto de docencia y así quedarían con una asignación por debajo de su capacidad docente. Sin embargo, esto es una opción que pueden o no realizar, por lo que e *desiderátum* sería que el propio Plan de Ordenación Académica reconociese la reducción de la carga docente del propio profesor.

Esta medida sí está reconocida en otros Planes de promoción lingüística de otras Universidades como la Universidad de A Coruña, en la que la reducción de la carga docente es de 25 horas<sup>34</sup> o la Universidad Complutense de Madrid, que establece un reconocimiento de créditos específico y diferenciado a los profesores: los créditos impartidos en inglés tienen un reconocimiento en la actividad docente superior al que tienen los créditos de la misma asignatura en español y serán determinados por la Comisión Académica y recogidos en el Plan de Dedicación Académica. Este incentivo no se aplicará en el caso de profesores cuya lengua nativa sea el inglés (o la lengua extranjera de impartición de la docencia)<sup>35</sup>.

Como segunda medida de apoyo institucional se encuentra la **formación continuada del profesor**, tanto en el aprendizaje y mejora del inglés como en la formación docente innovadora que permita un mayor aprovechamiento de los recursos educativos en un idioma extranjero. En este sentido, no solo es conveniente que el docente mejore sus destrezas lingüísticas, sino que dichas destrezas se adquieran en el contexto lingüístico de la materia objeto de su docencia; en el caso de la impartición de clases en inglés en derecho, que la formación en idiomas sea eminentemente jurídica. A tal fin, las medidas que pueden ser adoptadas son las siguientes:

<sup>34</sup> Datos aportados por la Prof. Ana M<sup>a</sup> Neira Pena, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de A Coruña, en una ponencia impartida en la Facultad de Derecho en marzo de 2019.

<sup>35</sup> <https://www.ucm.es/pid/presentacion>

- Bonificación del 100% en la matriculación en cursos de idiomas, Concretamente, en la Universidad de Málaga, su Fundación General cuenta con un Centro de Idiomas donde se imparten clases de inglés bonificadas y se organizan exámenes de acreditación del nivel.
- Organización de cursos de inglés jurídico para el profesorado, que puede hacerse extensivo para los propios alumnos, con bonificación total o parcial según sean los casos.
- Ayudas para el estudio de idiomas en el extranjero
- Favorecer estancias docentes en universidades extranjeras con el objeto de observar, aprender e intercambiar opiniones sobre metodología o sistemas de evaluación.
- Fomento de la creación de redes docentes internacionales, en las que se puedan compartir las diversas experiencias docentes.
- Favorecer la realización de estancias de investigación en universidades de habla inglesa, que redundaría en una mejora de la docencia en inglés.

Si bien la formación en idiomas es absolutamente imprescindible, el abordaje del aprendizaje/mejora de la lengua debe ser realizada en el contexto en el que luego se va a poner en práctica. Esto es, la formación en idiomas debe reconducirse a el aprendizaje del inglés como vehículo de transmisión del conocimiento, en nuestro caso, del conocimiento jurídico, por lo que los cursos de inglés deben estar orientados a la finalidad a la que se destina la utilización del idioma, que no es otro que el *English as a medium of instruction* (EMI). No es lo mismo aprender inglés para visitar el Reino Unido de turismo, que para ser recepcionista de un hotel o para ser docente universitario, y no estamos hablando de vocabulario específico, sino de técnicas de aprendizaje diferentes. De ahí que los cursos de formación deban ser específicos, lo que se denominan usualmente cursos de *English for teaching purposes*.

Dentro de estos cursos, resulta importante analizar el perfil lingüístico, pedagógico y académico del profesorado y definir el grado de competencia docente para establecer el nivel formativo dentro del programa de formación. Muchas universidades ofrecen cursos de formación en idiomas a sus docentes, pero los agrupan todos en el mismo curso, con independencia de que impartan matemática aplicada, química orgánica, anatomía o derecho procesal penal. En estos casos se puede mejorar el dominio del inglés pero no se consigue expresar el potencial de aprendizaje de cada uno de los profesores-alumnos, puesto que precisan de un aprendizaje integrado en su contexto docente.

Por otra parte, el docente no solo necesita apoyo para la mejora en la utilización del idioma, sino que precisa, además, ayuda y apoyo para empezar a construir una “asignatura en inglés”, lo que engloba tanto la preparación de la guía docente como la preparación de materiales y diseño de nuevos sistemas de evaluación, entre otras cosas. Es por ello absolutamente esencial que una buena parte de la formación que reciba el docente se ancle en este punto, lo que puede conseguirse y así se está haciendo en muchas universidades desde varios frentes de actuación:

- Promoviendo Proyectos de Innovación Educativa en los que se pretenda avanzar en la mejora e innovación de la docencia en inglés. La Universidad de Málaga financia de manera específica los PIE (proyectos de innovación educativa) dedicados al fomento del bilingüismo. En concreto, la Facultad de Derecho de la

Universidad de Málaga ha impulsado dos Proyectos ya culminados<sup>36</sup>, y actualmente se encuentra otro en marcha.

- Promoviendo cursos de formación específica de docencia bilingüe que engloben actividades dirigidas a la finalidad antes descrita. También la Universidad de Málaga cuenta con una financiación específica para aquellos cursos de fomento del PDI que se propongan y estén destinados al fomento del bilingüismo. La Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, consciente de la acuciante necesidad de impulsar la docencia en inglés, ha puesto ya en marcha, durante los pasados cursos académicos, varios programas de formación destinados a coadyuvar en la formación específica que los docentes necesitan para poner en marcha su docencia en inglés. En ellos se abordan temas tan diversos como dar a conocer el impulso que la propia Universidad está dando a la docencia en inglés, conocer cómo funciona la docencia bilingüe en otras Universidades, o contar con la ayuda de los Departamentos de Filología Inglesa en cuestiones de utilización del lenguaje. Puede ser asimismo, muy útil, utilizar la mentorización de profesores experimentados en la docencia en lengua extranjera como estrategia de formación, tal y como se ha hecho en el curso de formación ofertado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga en el curso pasado 2018-2019<sup>37</sup>, en la que profesores tanto de la propia facultad de Derecho como de otras Facultades, han impartido charlas sobre su experiencia docente, aconsejando y orientando a los demás profesores noveles en la docencia en inglés.
- Estableciendo programas de financiación para la elaboración de materiales docentes. La Universidad de Málaga, dentro de su Plan Propio de Docencia, destina financiación específica para la elaboración de materiales en inglés de manera prioritaria.

Si bien muchos de estos instrumentos tienen como finalidad inmediata promover, impulsar y ayudar al profesorado a iniciar su docencia en inglés, no es menos cierto que los programas institucionales deben seguir acompañando al profesor que ya ha iniciado su tarea docente. No podemos aspirar a conseguir una auténtica internacionalización de nuestra docencia si, una vez conseguido el objetivo inicial del aumento de la docencia en inglés, abandonamos el objetivo de conseguir cierta estabilidad en el profesorado que imparte la misma, no atendiendo a sus necesidades.

Con esta finalidad, se deben impulsar políticas de acompañamiento al docente bilingüe tales como servicio de revisión de materiales editados en inglés, así como de traducción de los mismos, posibilidad de compartir materiales, cursos específicos sobre determinadas materias, estrategias de *peer-review* en las aulas. En este sentido, la estrategia también puede orientarse a facilitar soporte al docente durante el transcurso del curso, mediante la incorporación de becarios de “apoyo” a la docencia en inglés.

Buena iniciativa es, además, la que ha tenido la Universidad de Málaga con la firma dentro del marco del Programa Fulbright, de dos Convenios específicos que permitirán la incorporación de profesores norteamericanos a la institución. El primero de ellos, tiene como objetivo que docentes de universidades de Norteamérica impartan una o varias asignaturas, en función de las necesidades de la UMA y sus centros. El segundo Convenio

---

<sup>36</sup> PIE 15-22 “ Impartición de asignaturas en inglés en la Facultad de Derecho: retos y oportunidades”. Coordinadora: Elena del Mar García Rico. PIE 17-119. “Impartición de asignaturas en inglés en la Facultad de Derecho: Diseño y desarrollo de programaciones docentes”. Coordinador: José Manuel Cabra Apalategui.

<sup>37</sup> Formación D086/18. “La enseñanza en inglés en las ciencias sociales y jurídicas”. Coordinadora: Yolanda De Lucchi López-Tapia

tiene como objetivo que auxiliares de conversación sirvan de ayuda tanto a la propia enseñanza del inglés, como a otras asignaturas impartidas en dicho idioma. La Comisión Fulbright se hace cargo ahora del proceso de preparación y difusión de la convocatoria y selección de los profesores estadounidenses, según los criterios de objetividad, calidad e independencia que rigen sus programas. Los periodos de estancia varían entre dos meses y un año.

Como tercera medida institucional que excede incluso de la propia competencia de las Universidades se encuentra el **reconocimiento del docente** que imparte sus clases en inglés. Es necesario un reconocimiento de ese plus de esfuerzo y formación para afrontar una docencia bilingüe, puesto que, tal y como ponen de manifiesto TORRA (et alt)<sup>38</sup>, muchos profesores piensan que el tiempo que están invirtiendo para formarse en temas docentes –algo que resulta perfectamente extrapolable a la docencia en inglés- no les aporta ningún reconocimiento, y que durante ese tiempo podrían estar realizando algún trabajo o elaborando alguna publicación que, de buen seguro, será reconocida y valorada en su curriculum investigador.

Por esta razón, si queremos potenciar la internacionalización y el bilingüismo, el docente tiene que ver reconocida su dedicación. Actualmente, los criterios de acreditación para los cuerpos docentes universitarios sí tienen en cuenta la docencia en inglés como mérito específico, pero sería deseable que se estableciera un reconocimiento añadido a otras funciones del docente bilingüe, por ejemplo, los materiales de la asignatura, aunque no se tradujeran en forma de manual.

Al margen de criterios puramente mercantilistas, lo cierto es que la docencia en inglés supone un reto que enriquece personalmente al docente, le permite interaccionar de un modo cercano con los alumnos puesto que la metodología suele ser más interactiva y puede aumentar su potencial investigador, puesto que el conocimiento del inglés puede abrirle nuevas puertas.

#### **4.2 Planificación por parte del centro donde se imparta docencia en inglés. Implantación de grados bilingües.**

Tal y como pusimos de manifiesto al inicio del epígrafe, el documento *Estrategia para la Internacionalización de las Universidades Españolas 2015-2020*, elaborado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte recomienda incrementar el número de programas de Grado y Máster bilingües, impartidos en español e inglés. Sin embargo, la oferta de titulaciones en inglés está condicionada por la formación en idiomas del profesorado y la estrategia de los centros. Y ello difiere mucho de unas titulaciones a otras. En los grados relativos a Ciencias jurídicas, y a pesar de las dificultades intrínsecas de la propia materia objeto de la titulación, se están incrementando de manera exponencial los grados bilingües, lo cual merece una congratulación especial. La implantación de un grado bilingüe, no obstante, debe hacerse de manera progresiva y con especiales cautelas que pasan por tener en cuenta los siguientes parámetros:

- Se constata que el éxito de una titulación bilingüe no exige que todos los contenidos se impartan en inglés, sino una mayoría de ellos, de manera que con que haya una oferta del 60 % de docencia en inglés, podríamos hablar de grado bilingüe. El haber cursado los créditos establecidos en inglés deberá reflejarse como es lógico, en los títulos de grado correspondientes.

---

<sup>38</sup> TORRA *et alt.* (2013), “Retos institucionales de la formación del profesorado universitario”, op. cit. p. 299.

- La oferta de asignaturas en inglés requiere de cierta estabilidad que garantice al alumno que inicia el itinerario curricular poder acabarlo con el número de créditos para obtener el título. En otras Universidades, como la Universidad Da Coruña, el profesorado firma un documento de compromiso de que su docencia se extenderá como mínimo, tres años.
- El alumnado puede ser bastante heterogéneo, como ya apuntábamos anteriormente, lo que puede dificultar la creación de un grupo. A veces, los profesores inciden en que la asistencia al mismo grupo de alumnos Erasmus y no Erasmus puede ser motivo de disfunciones en la docencia. El Centro será el encargado de seleccionar el perfil del alumnado que pueda acceder a esta titulación bilingüe, que puede incluir otros requisitos diferentes del propio nivel de idioma del alumno.
- La titulación bilingüe obviamente, no puede tener contenido formativo diferente a la titulación no bilingüe, pero si pueden adaptarse los diferentes contenidos a la propia naturaleza de la docencia en inglés; sin dejar de abordar el contenido mínimo, sí puede hacerse hincapié en determinados aspectos de las diferentes asignaturas que puedan tener una proyección más internacional. Ello determina que las guías docentes puedan variar en cuanto a cronogramas, materiales, y, sobre todo, en criterios de evaluación. Actualmente, la Universidad de Málaga exige que las guías docentes sean exactamente iguales tanto si la docencia se imparte en castellano como si se imparte en inglés, lo que, a nuestro juicio, supone un obstáculo a la plena implantación de la docencia bilingüe.
- La titulación bilingüe debe estar sometida a controles de calidad que garanticen una infraestructura y docencia de calidad. En la Universidad de Málaga, las titulaciones que ofrecen itinerarios en inglés no cuentan con esos controles de calidad, lo que provoca las quejas por parte del alumnado.
- La estructuración del grado bilingüe debe incardinarse dentro de unos itinerarios previamente establecidos de docencia en castellano, lo que obliga a un esfuerzo extra por parte de los encargados de la implementación (Decano y Vicedecanos) que debe aunar esfuerzos para que convivan “pacíficamente” ambas posibilidades; por ejemplo, en temas de horarios.
- La creación de un grado bilingüe implica, además, un compromiso por parte de todo el profesorado de no dejar reducida la actividad a la simple docencia de las asignaturas en inglés, sino que debe ampliarse la oferta, tanto a alumnos como a profesorado con otras actividades formativas que enriquezcan a ambos colectivos. Estamos pensando en seminarios o conferencias sobre materias específicas, que pudieran ser impartidos en lengua inglesa por personalidades relevantes del mundo jurídico. Asimismo, la celebración de congresos científicos en lengua inglesa que puedan atraer a profesores de todas partes resulta una actividad imprescindible dentro de una Facultad de Derecho que imparte un grado bilingüe. A modo de ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia ha tenido la iniciativa de organizar, los que ellos denominan *Legal Lunches* o *Legal Workshops*<sup>39</sup> en los que un profesor invitado participa con un tema de actualidad jurídica y en el que pueden participar, o bien solo el profesorado, o bien alumnos y profesores. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, a pesar de no contar con un grado bilingüe aún, pero sí con un número muy alto de asignaturas que se imparten en inglés, empiezan a organizarse congresos

---

<sup>39</sup> Vid. BELANDO GARÍN, B. “La enseñanza del derecho en inglés: lost in translation”, op. cit., p 413.

científicos en lengua inglesa, como el que se celebrará recientemente sobre custodia compartida (shared parenting)<sup>40</sup>.

## 5. Conclusiones.

El presente análisis de la situación de la docencia en inglés en los estudios de Grado en Ciencias Jurídicas nos ha permitido extraer las siguientes conclusiones:

1. Actualmente nos encontramos en una segunda fase en el proceso de internacionalización de nuestras universidades. Consolidada su participación en los programas de movilidad, aquélla debe extenderse al diseño de una política lingüística integral y ambiciosa de la que es elemento imprescindible la impartición de la docencia en inglés.

2. Los objetivos de la docencia en inglés en el ámbito jurídico en ningún caso se reducen a la adquisición de competencias lingüísticas por parte del alumnado. Antes al contrario, la diversidad de objetivos que pretende alcanzar la impartición de docencia en inglés se concentran, además de en la adquisición de competencias lingüísticas, en la integración europea y global, en la adecuación a las demandas del mercado de trabajo y en la ampliación de la oferta educativa; lo que denominamos integración para la globalización e integración para la *glocalización*.

3. Alcanzar los objetivos antedichos resulta especialmente relevante en los estudios de Derecho, dado que gran parte de las materias a estudiar tienen validez territorial – esencialmente nacional– y no universal, a diferencia de las ciencias naturales o los saberes técnicos.

4. Desde el punto de vista docente, los retos actuales de la docencia en inglés se centran en los siguientes:

- Exigencia de una competencia lingüística adecuada tanto de los docentes como de los discentes
- Progresiva superación de las dificultades de la docencia en inglés del derecho tales como la dificultad de acceso a materiales, el anisomorfismo propio de la traducción en el ámbito jurídico y el esfuerzo añadido del docente que, en ocasiones, no se ve recompensado de manera suficiente.
- Cambios en la metodología tradicionalmente utilizada, que se traduce en una permanente innovación docente.
- Imprescindible compromiso institucional de apoyo a la docencia bilingüe que permita alcanzar los objetivos pretendidos. Ese compromiso institucional debe estar basado en la formación y reconocimiento del docente.

---

<sup>40</sup> <https://www.twohomes.org/international-scientific-conference-on-shared-parenting/>

## Bibliografía.

- ALCARAZ VARÓ, E. (2007), *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Barcelona: Ariel.
- ALCARAZ VARÓ, E. / CAMPOS PARDILLOS, M. A. / MIGUELEZ, C. (2013), *El inglés jurídico norteamericano*, Barcelona: Ariel.
- ALCÓN SOLER, E. (2011), “La universidad multilingüe”, *Revista de Docencia Universitaria* (REDU). Monográfico: El espacio europeo de educación superior. Hacia dónde va la universidad europea? 9 (3): 119-127.
- ALEJOS JUEZ, M<sup>a</sup>. T. (2010), “La vinculación de la lengua y contenidos en la enseñanza en inglés del sistema jurídico anglo-norteamericano en los estudios de Derecho”, en Cotino Hueso, L. / Presno Linera, M. A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Recursos, reflexiones y experiencias docentes*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València.
- BELANDO GARÍN, B. (2016), “La enseñanza del Derecho en inglés: Lost in translation”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4.bis (extraordinario): 406–417.
- CENOZ, J. (2015), “Content-based instruction and content and language integrated learning: the same or different?” *Language, Culture and Curriculum* 28 (1): 8–24.
- FERREIRO BAAMONDE, X. / NEIRA PENA, A. M., (2014), “El inglés como herramienta para el estudio del Derecho Procesal. Programa orientado a la enseñanza del Derecho en lengua inglesa”, *Reduca (Derecho)*. Serie Derecho Procesal. 5 (1): 132–143.
- GÓMEZ LÓPEZ, A. / SOLAZ PORTOLÉS, J. J. / SANJOSÉ LÓPEZ, V. (2014), “Competencia de lengua inglesa de estudiantes universitarios españoles en el contexto del EEES: nivel de dominio lingüístico, estrategias metacognitivas y hábitos lectores”, *Revista de educación* 363: 154–183.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (2016), “La introducción del inglés en la explicación de las asignaturas del Grado en Derecho en España: especial referencia a la asignatura de Derecho Financiero y Tributario impartida en la Facultad de Derecho de Málaga”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* 14: 75–83.
- HALBACH, A. / LÁZARO LAFUENTE, A. / PÉREZ GUERRA, J. (2013), “La lengua inglesa en la nueva universidad española del EEES”, *Revista de educación* 362: 105–132.
- IBÁÑEZ MARSILLA, S. (2012), “La evaluación de los estudiantes en el PIE *Enseñanza del Derecho en inglés* de la Facultad de Derecho”, *@tic. Revista d'innovació educativa* 9. [En línea]  
<https://ojs.uv.es/index.php/attic/article/view/2325/1900>.

- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C. (2017), “Docencia Universitaria en lengua extranjera: un espacio para la innovación”, *II Jornadas de Innovación Docente Universitaria (Universidad de Cádiz). Libro de Actas*: 76-78.
- LASAGABASTER, D. (2012): “El papel del inglés en el fomento del multilingüismo en la universidad”, *Estudios de lingüística inglesa aplicada (ELIA)* 12: 13–44.
- MARTÍN DEL POZO, M.A. (2013), “Formación del profesorado universitario para la docencia en inglés”, en *Revista de Docencia Universitaria (REDU)*. Vol. 11(3): 197–218.
- MARTÍNEZ GARCÍA, A. / DE TORRES PEREA, J. M. (2014), “El aprendizaje del inglés jurídico y la enseñanza del Derecho Español en lengua inglesa. Sobre una experiencia pionera en España”, *Noticias Jurídicas* [En línea] <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4920-el-aprendizaje-del-ingles-juridico-y-la-ensenanza-del-derecho-espanol-en-lengua-inglesa-sobre-una-experiencia-pionera-en-espana/>.
- TORRA BITLLOCH, I; MÁRQUEZ CEBRIÁN, M.D.; PAGÉS COSTAS, T; SOLÁ I YSUAR, P; GARCÍA CAMPOS, R; MOLINA LUQUE, F; GONZÁLEZ SOTO, A. Y SANGRÁ MORER, A., (2013), “Retos institucionales de la formación del profesorado universitario”, en *Revista de Docencia Universitaria*, vol. 11 (1): 285–309.
- VEGA GARCÍA, A. (2011), “La introducción del inglés en la docencia y su influencia en los contenidos de las asignaturas de Derecho Financiero y Tributario”, (VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario 'Jaime García Añoveros', 18-19 de noviembre 2010, Madrid), Madrid: Instituto de Estudios Fiscales: 147–161.

