



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA
ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL.
MÉTODO PARA UN ADECUADO ANÁLISIS”**

**PRESENTADA POR
JHOEL WILLIAMS CHIPANA CATALAN**

**ASESOR
MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN ENSEÑANZA DEL DERECHO

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO**

**“EL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA
ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL.
MÉTODO PARA UN ADECUADO ANÁLISIS”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN ENSEÑANZA DEL DERECHO**

**PRESENTADA POR:
JHOEL WILLIAMS CHIPANA CATALAN**

**ASESOR:
MG. MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

**LIMA, PERÚ
2020**

*Esta tesis está dedicada a mis padres,
Ermelinda y Bernabé,
y a mi hermana Yaquelin.*

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción de la situación problemática	9
2. Formulación del problema	10
2.1. Problema general	10
2.2. Problemas específicos	10
3. Objetivos de la investigación	10
3.1. Objetivo general	11
3.2. Objetivos específicos	11
4. Justificación de la investigación	11
4.1. Importancia de la investigación	11
4.2. Viabilidad de la investigación	13
5. Limitaciones de estudio	13
6. Marco teórico	13
6.1. Antecedentes de la investigación	13
6.2. Bases teóricas	16
6.3 Definición de términos básicos	22
6.3.1. Ciencia jurídica	22
6.3.2. Jurisprudencia	23
7. Metodología	24
7.1. Diseño metodológico	24

CAPÍTULO 2

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

1. El paradigma del abogado (estudiante) litigante y el inicio de los estudios universitarios	26
2. El método de la enseñanza universitaria en general	31
3. La enseñanza del Derecho en general	36
3.1. El método de la clase magistral (<i>lecture</i>)	38
3.2. Los seminarios	49
3.3. El método del estudio del caso	51
3.4. Los debates	52
3.5. Las oficinas de interrogatorios	54

3.6. Los cursos de preparación para la obtención de un grado académico	56
3.7. Nuestra opinión	57
4. La enseñanza del Derecho Civil en particular	58

CAPÍTULO 3 LA JURISPRUDENCIA

1. El Derecho como complejidad	65
2. Codificación y descodificación	70
3. Las fuentes del Derecho	76
4. La jurisprudencia	77
4.1. Concepto	78
4.2. El precedente judicial	81

CAPÍTULO 4 LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

1. El punto de partida: dos encuestas sobre la importancia de la enseñanza de jurisprudencia	87
1.1. Sobre la importancia de la jurisprudencia en la enseñanza del Derecho Civil	87
1.2. Sobre el número de cursos en los que se enseña a analizar jurisprudencia	92
2. La enseñanza del Derecho Civil a través de la jurisprudencia	96
3. Importancia del tema	100
4. Método (dirigido al profesor) para elegir la jurisprudencia que se va a analizar	104
5. Método (dirigido al estudiante) para un adecuado análisis de jurisprudencia en materia civil	108
6. Los resultados y beneficios de este método	110
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	117

RESUMEN

A través de esta investigación busco analizar la importancia de la enseñanza de la jurisprudencia en el Derecho Civil. Para ello, realizo un estudio de los distintos métodos de enseñanza que existen hoy en el Perú y desarrollo los aspectos positivos y negativos de cada uno de ellos. Asimismo, formo opinión en torno a lo que significa la jurisprudencia como fuente de conocimiento (diferenciándola de su acepción como fuente de Derecho) y explico algunas críticas relacionadas a la forma cómo ésta debe analizarse y estudiarse. Finalmente, propongo un método que puede servir de guía para abordar el análisis, estudio y reflexión de los diversos criterios jurisprudenciales emitidos por los diversos niveles (instancias y Corte Suprema) y tipos (justicia ordinaria y arbitraje) de administración de justicia en el Perú, los mismos que son fundamentales en la enseñanza del Derecho Civil, ya que, luego del estudio de campo que he realizado a través de una serie de encuestas, se puede apreciar que la jurisprudencia no es un elemento esencial en la enseñanza del Derecho. De esta forma, a través de esta tesis pongo de manifiesto esa falencia, explico la importancia de la jurisprudencia como fuente de conocimiento, y propongo un método (dirigido a docentes y estudiantes) para que ésta sea estudiada y analizada en los cursos de Derecho Civil.

ABSTRACT

Through this research I seek to analyze the importance of teaching jurisprudence in Civil Law. To do this, I study the different teaching methods that exist today in Peru and develop the positive and negative aspects of each of them. I also form an opinion about what jurisprudence means as a source of knowledge and explain some criticisms related to how it should be analyzed and studied. Finally, I propose a method that can serve as a guide to address the analysis, study and reflection of the various jurisprudential criteria issued by the various levels (instances and Supreme Court) and types (ordinary justice and arbitration) of administration of justice in Peru, the same ones that are fundamental in the teaching of Civil Law, since, after the field study that I have carried out through a series of surveys, it can be appreciated that jurisprudence is not an essential element in the teaching of Law. In this way, through this thesis I highlight that flaw, I explain the importance of jurisprudence as a source of knowledge, and I propose a method (aimed at teachers and students) so that it can be studied and analyzed in Civil Law courses. |

INTRODUCCIÓN

La educación legal en nuestro país ha pasado por distintas etapas desde que ésta se inició. Probablemente, el modelo más fuerte y consolidado (incluso hasta nuestros días), sea el de la clase magistral, en la que el profesor era el único actor y protagonista de la sesión académica.

Sin embargo, en las últimas décadas los métodos de enseñanza han ido cambiando y ello se ha producido no sólo en razón a la innovación que los docentes y especialistas han dado al tema, sino también debido a la tecnología que está cambiando todo (incluso los métodos de enseñanza en un nivel superior).

De esta forma, es necesario repensar no sólo el método de enseñanza en las facultades de Derecho del país, sino también su contenido, ya que el mismo se ha visto alimentado, en muchos casos, sólo por la ley.

Esta tesis pone de manifiesto la problemática en torno al contenido de lo que se enseña y los métodos a través de los cuales los profesores de Derecho imparten enseñanza a sus estudiantes.

Para llegar a este punto se realiza un estudio de cómo es que el Derecho ha evolucionado, pasando del fenómeno de la codificación de los siglos XIX y XX, a un proceso de atomización actual, en donde es usual ver la dación de normas especializadas que, en varias ocasiones, están desmembrando a los Códigos, llevándonos a una realidad en donde existen más normas especiales que, por si fuera poco, se renuevan de manera muy frecuente.

En ese mismo sentido, a la par de que existe este fenómeno de cambio en el entendimiento del Derecho, también se va a analizar los diversos métodos de enseñanza jurídica que existen, poniendo de manifiesto sus bondades y limitaciones.

Asimismo, se realizará un estudio del concepto mismo de jurisprudencia, en el que se emite opinión en torno a sus alcances como fuente de Derecho (aspecto que es debatido en la doctrina desde hace muchas décadas). En este punto resulta importante el análisis que se hace a la figura del “precedente vinculante”, pues es en ella en donde radica gran parte de la discusión sobre este cuestionamiento.

Cabe anotar que la importancia del tema objeto de estudio no es menor y no sólo pasa por un análisis teórico de conceptos y evoluciones dogmáticas. Por ello es que para la identificación del problema se han realizado dos encuestas en un universo de aproximadamente mil estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, en donde se puede apreciar resultados que han impulsado el desarrollo de esta tesis.

Allí se aprecia que existe un alto porcentaje de estudiantes que sí cree que la jurisprudencia debe ser materia de estudio en los cursos de Derecho Civil, pero, y al mismo tiempo, hay la sensación de que sólo algunos profesores la tienen presente al momento de impartir sus clases.

Como se aprecia, esta realidad permite tener como punto de análisis la importancia del método y de su contenido al momento de enseñar Derecho Civil. De ahí que al final de este trabajo se otorgue un método dirigido al profesor y al alumno, a efectos de que se pueda analizar, estudiar, entender y criticar piezas jurisprudenciales, logrando de esta forma un equilibrio en el contenido de la materia que se vaya a enseñar.

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Uno de los aspectos más importantes en la enseñanza del Derecho es el referido a qué componentes debe tener un curso para que el alumno pueda sacar el máximo provecho y lograr aprender la temática que compone la asignatura.

Así, clásicamente, los profesores de Derecho estaban acostumbrados a dar las denominadas “cátedras magistrales”, que eran monólogos en donde el docente explicaba determinado tema y en las que la participación del alumno era prácticamente nula. Existía, pues, una relación completamente vertical, en donde el profesor era el único actor activo de la clase.

Posteriormente, los profesores, influenciados por países y metodologías extranjeras (como el caso de los Chicago Boys), empezaron a poner énfasis en el análisis de casos, con lo que, hasta cierto punto, se mejoró la enseñanza legal. Sin embargo, se produjo un abuso de dicho método activo, pues en algunos casos algunos profesores dejaban de lado el estudio de la ley y la doctrina que la apoyaba, para centrarse únicamente en un desarrollo y análisis casuístico, con lo que se evidencia un desbalance y falta de estudio de otras fuentes de estudio y aprendizaje.

Cuando se tomó consciencia de esta realidad, muchos profesores empezaron a intentar tener un balance que tenga en cuenta el estudio de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y así poder otorgar al alumno un marco más completo de sus asignaturas. Sin embargo, en muchos casos se tiene que no se aborda de manera metódica el estudio de la jurisprudencia en las aulas, lo que trae consigo el hecho de que no se aproveche al máximo lo positivo del estudio de esos instrumentos. De ahí que no se enseña al alumno a entender y analizar las piezas jurisprudenciales, ni mucho menos se realiza un análisis que acerque al estudiante al razonamiento de los jueces que aplican la norma civil al caso concreto. En ese sentido, se puede afirmar que son pocos los profesores que tienen a la jurisprudencia como una verdadera y esencial fuente de enseñanza del Derecho Civil.

Sin duda alguna, el estudio de la jurisprudencia constituye un eje esencial en la enseñanza del Derecho Civil, ya que es el barómetro que nos permite medir cómo es que los jueces están aplicando la ley para resolver casos concretos en determinado momento histórico. De ahí que sea importante darle un adecuado método de estudio, el mismo que sea orgánico y se guíe por unos lineamientos que nos permitan aprovechar al máximo su contenido.

De esta forma, se identifica un problema importante que pasa por determinar si, en efecto, la enseñanza de la jurisprudencia constituye hoy un pilar elemental en la enseñanza del Derecho Civil y, ligado a ello, subsiste la interrogante en torno a cómo es que se debe enseñar el propio Derecho Civil a través del uso y análisis de las sentencias emitidas por las cortes de justicia del país.

En esa línea, el problema que identifiqué y que pretendo resolver con esta investigación radica en analizar los fundamentos de por qué la jurisprudencia debe ser parte esencial en la enseñanza del Derecho y, posteriormente, cómo es que se la debe analizar y estudiar para sacarle el máximo provecho.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.1. Problema general

- ¿Cuáles son las falencias que existen en el contenido y metodología de la enseñanza del Derecho Civil en el Perú relacionadas a las fuentes a las que se recurre para explicar los diversos temas que componen las asignaturas?

2.2. Problemas específicos

- ¿Cuál es la importancia de estudiar la jurisprudencia en los cursos de Derecho Civil?
- ¿Cuál debe ser el método y los lineamientos para elegir y analizar la jurisprudencia emitida por las Cortes de Justicia de la República en la enseñanza del Derecho Civil?

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo general

Identificar las falencias que existen en el contenido y metodología de la enseñanza del Derecho Civil en el Perú relacionadas a las fuentes a las que se recurre para explicar los diversos temas que componen las asignaturas.

3.2. Objetivos específicos

- Definir qué debe entenderse por jurisprudencia como fuente de conocimiento y como fuente de Derecho.
- Identificar la importancia de estudiar la jurisprudencia en los cursos de Derecho Civil.
- Identificar y desarrollar el método y los lineamientos para elegir y analizar la jurisprudencia emitida por las Cortes de Justicia de la República en la enseñanza del Derecho Civil.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Importancia de la investigación

La importancia de la presente investigación radica en la necesidad de establecer que hoy en día la enseñanza del Derecho Civil no puede basarse únicamente en el estudio y análisis de algunas de las tres fuentes de conocimiento que existen (ley, doctrina o jurisprudencia), sino que se otorgan argumentos para afirmar que debe existir un balance que otorgue a los estudiantes la oportunidad de conocer todos esos elementos que, sin duda, permiten un aprendizaje completo de esta materia.

Ocurre que algunos profesores no tienen claro cómo es que se debería enseñar esta asignatura, pues se tiene una visión parcial de la problemática que engloba el adecuado estudio de las distintas materias civiles. Así, o se pone énfasis sólo en el estudio de la ley, o en el estudio de la doctrina o, en menor medida, en el estudio de la jurisprudencia. Incluso, a veces se toma como referencia sólo dos de esos tres componentes, con lo que no se logra una enseñanza adecuada.

Ante esta realidad, no sólo se debe brindar el análisis de la ley o la doctrina, sino que, de un tiempo a esta parte, la jurisprudencia emitida por las cortes de justicia ha sido un pilar importante en la manera de interpretar el Derecho y aplicarlo a casos concretos, razón por la cual su estudio y análisis se hace imprescindible.

Además, otro aspecto que desarrollaremos en esta tesis y que suma argumentos a la idea de que hoy es imprescindible tener como elemento esencial en la enseñanza del Derecho a la jurisprudencia, es la aparición y constante desarrollo que han venido tomando los denominados “plenos casatorios” y “plenos jurisdiccionales (distritales, regionales y nacionales)”, en los que los jueces toman postura respecto a la forma cómo se debe resolver determinados problemas.

Teniendo todo esto en cuenta, resulta imprescindible que se tome consciencia de la importancia en poner énfasis en el análisis y estudio de la jurisprudencia, fuera de su acepción como fuente del Derecho, sino como herramienta que provea a los alumnos las posiciones que las cortes vienen tomando sobre determinados casos. Esta es una de las ideas principales que se desarrolla en esta investigación y que justifica la importancia de la misma.

En ese sentido, es trascendental estudiar este asunto, tanto para los profesores como para los alumnos, en vista de que de ello depende en gran medida el éxito de la enseñanza y del aprendizaje, ya que con esta tesis se otorgan lineamientos que analicen la importancia de poner énfasis en el estudio de la jurisprudencia y se va a esbozar lineamientos para los profesores y los estudiantes, en la elección y análisis, respectivamente.

Así, el impacto social que se alcanzará, se representa en el egreso de alumnos con sólidos conocimientos no sólo normativos ni dogmáticos, sino también con una clara actualización de cómo los jueces entienden, interpretan y aplican la ley en los casos concretos que resuelven.

En vista de ello, no solo es necesario explicar el contenido y alcances de la ley, ni mucho menos basarse en doctrina para una adecuada enseñanza del Derecho Civil, sino que también resulta fundamental entender la importancia de la jurisprudencia en el proceso de aprendizaje, así como tener algunos lineamientos que permitan sacar provecho al contenido de dichos documentos y es a ese objetivo al que apunta el desarrollo de esta tesis.

4.2. Viabilidad de la investigación

El investigador de la presente tesis cuenta con la experiencia académica, los recursos humanos, financieros y de tiempo; así como el acceso a la información y otros elementos e instrumentos necesarios para desarrollar la investigación planteada en el presente documento.

5. LIMITACIONES DE ESTUDIO

No existen limitaciones para el desarrollo de esta investigación.

6. Marco teórico

6.1. Antecedentes de la investigación

Se han podido identificar los siguientes antecedentes de la presente investigación.

Zusman Tinman, Susana (2009, pp. 78 y 79). *¿Cómo se debe enfocar la educación legal?* En *Themis*. Lima: Asociación Civil Themis.

“Como alternativa al método magistral, se ha propuesto el método empírico (*experiential learning*), que incluye una diversidad de técnicas que promueven el aprendizaje activo o *learning by doing* (aprendizaje a través de problemas, clínica, métodos de descubrimiento, holismo, etc.). Uno de los principales modelos teóricos en los que se basa el método empírico es el modelo Kolb (1984), que resalta la “experiencia” como elemento central del proceso de aprendizaje, estableciendo un ciclo de 4 etapas:

- Experiencia concreta
- Observación reflexiva
- Conceptualización abstracta
- Experimentación concreta

En el modelo Kolb, el aprendizaje se inicia con la experiencia concreta (la controversia), se sigue con la reflexión, que supone analizar la experiencia desde diversas perspectivas (¿cuál es el problema? ¿qué chances hay de

ganar?); luego viene la creación de conceptos, que integran las observaciones en una teoría lógica (debo demandar por incumplimiento contractual), para, finalmente, utilizar esas teorías y ponerlas en práctica (demandar). Y el ciclo se repite cuantas veces sea necesario, con la finalidad de afinar las conclusiones anteriores y así, hasta tener una idea concreta de lo que se debe hacer. El aprendizaje, pues, parte de la experiencia, que se analiza desde diversas perspectivas, luego se conceptualiza y, finalmente, se aplica. (...) Lo que caracteriza, pues, al método empírico y, en particular, al holismo es el desplazamiento del foco de atención del profesor al alumno, por lo que, para comenzar, el aprendizaje no es uno dirigido por el profesor, sino por el propio alumno, correspondiendo a aquél el rol de dar soporte, confianza y retroalimentación, pero no el de transmitir conocimientos. El énfasis es puesto, pues, no en la enseñanza, sino en el aprendizaje. El método empírico integra la teoría y la práctica e implica la participación activa de los alumnos en su aprendizaje, a través de preguntas, discusiones, trabajos en equipo, utilización de materiales de enseñanza, ejercicios, simulaciones, clínica, etcétera. Dicho método, asimismo, promueve el uso del intelecto y permite a los estudiantes, no sólo saber sino, fundamentalmente, entender. El alumno aprende a escuchar, se involucra en discusiones de manera clara y concisa; aprende a resumir o sumarizar, así como a escribir con claridad y precisión; a investigar y a trabajar en equipo; a integrar el conocimiento de uno mismo como parte de la reflexión; a analizar los problemas “interdisciplinariamente”; a “pensar en un pie”, es decir, a resolver problemas en situaciones reales y dinámicas y, finalmente, a convertirse en un aprendiz independiente, es decir, en un alumno capaz de aprender a lo largo de toda su vida profesional.”

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze (2005, pp. 59 y ss.). *La reforma de la enseñanza jurídica en debate*. Lima: Asociación Civil Foro Académico.

“El problema con esta propuesta metodológica es que da por sentada la hipótesis de que el sistema de enseñanza que impera es el escolástico, es decir, el que corresponde a aquella metodología tradicional fundada en el *magister dixit* y apuntalada por los argumentos *ad verecundiam* (apelación a la autoridad). En otras palabras, el sistema que imperaba en 1964 y que ya fue reformado innumerables veces en los planes de estudio de Derecho. Como se ve, esto es una contradicción en los hechos. (...) En nuestra

opinión, queda claro que en esta cuestión del método existe un error de juicio que consiste en creer que existe un método universal para la enseñanza del Derecho. Esto es, que existe asimismo un abogado universal y, por ende, una tradición jurídica también universal. Así pues, según este error de juicio, el así llamado método activo, socrático o método de aprender a aprender no es un método más, sino que es El Método. Pero en realidad, para quienes nuevamente desean reformar la enseñanza del Derecho (como hace 40 años), “El Método” no es más que el método de enseñanza de la tradición jurídica del *common law* o sistema de Derecho anglosajón. Uno de los íconos de los partidarios peruanos de la reforma de la enseñanza jurídica de ayer y de hoy, el profesor estadounidense John Henry Merryman, en un destacable –aunque prejuicioso– artículo sobre la currícula y métodos de enseñanza comparados de los sistemas de Derecho anglosajón y romano canónico²⁰, como él le llama a nuestra tradición jurídica, pone las cosas en su sitio. Dice John Merryman que los objetivos del sistema del *common law* demandan respuestas relacionadas casi exclusivamente con el método, en donde éste es el eje de la educación legal norteamericana. “En los Estados Unidos, por supuesto que estamos interesados en lo que enseñamos; pero nuestro énfasis es menor en el qué se enseña y mayor en el cómo se enseña. Estamos interesados en desarrollar determinadas capacidades en nuestros alumnos: destreza para el análisis legal, habilidad para distinguir lo relevante de lo irrelevante, habilidad para trabajar con un gran número de hechos de una manera específica, habilidad para construir argumentos cuidadosos y persuasivos en cualquier lado de la cuestión bajo análisis, habilidad para pensar de manera útil y constructiva acerca de los problemas sociales y su solución”. (...) Con esto, lo que queremos dejar establecido es que cada tradición jurídica tiene su forma de concebir la enseñanza del Derecho y que ésta obedece a la lógica de aquélla. Cuando esta verdad elemental se desconoce y se pretende hacer de la enseñanza legal una actividad autónoma sacándola del contexto de la tradición jurídica, sin duda que no vamos a llegar a buen puerto. Mejor dicho, ni siquiera vamos a llegar a puerto alguno. Nos guste o no, nuestra tradición jurídica es la romano-germánica y a ésta corresponde una educación legal que privilegia la información como el conocimiento relevante sobre la metodología de enseñanza y las habilidades que ésta fomenta. Lo contrario, teniendo en cuenta que no se pretende ni se ha pretendido jamás cambiar nuestra tradición jurídica por la anglosajona, sería –y ha sido, aunque hasta ahora en menor medida – el error de las

reformas de la enseñanza del Derecho que se esgrimen recurrentemente de tiempo en tiempo.”

Morales Luna, Félix (2006, p. 433). *Cambios en el Derecho, cambios en su enseñanza*. En *Derecho PUCP*. N° 48. Lima.

“El objetivo de un proceso de enseñanza del Derecho consiste, a nuestro entender, de una parte, en mostrar al alumno qué es el Derecho y cómo funciona en la realidad y, de otra, dotarle de herramientas teóricas, prácticas y éticas para que, siendo profesional del Derecho, pueda ser abogado, juez, funcionario o cualquier otro rol que tuviera que asumir. En tal sentido, es tanta la responsabilidad que importa esta etapa como también los riesgos que suponen eventuales deficiencias. En efecto, si al alumno se le presenta y se le forma en una idea del Derecho que no refleja ni reconstruye adecuadamente las prácticas jurídicas reales, durante su ejercicio profesional advertirá el desfase entre, por así decirlo, el Derecho en el aula y el Derecho en la realidad. De esta forma, para desenvolverse en este último, tendría que adoptar las prácticas usuales entre los profesionales del Derecho y aprendería su profesión mientras lo ejerce y ya siendo profesional. Más aún, no siendo infrecuente que este profesional tuviera ocasión de llegar a la docencia, con su enseñanza contribuiría a perpetuar esa idea del Derecho que aprendió, y creemos transmitiría una idea artificial, parcial o errada de este, junto con ciertos consejos que permitan a sus alumnos suplir las deficiencias conceptuales de aquella y que les permita desempeñarse con suficiencia en el ejercicio de la profesión.”

6.2. Bases teóricas

Sobre los métodos de enseñanza se han podido identificar las siguientes opiniones:

Madrid Horna, Víctor (2016, p. 160). Las destrezas legales en la enseñanza del Derecho. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ*. 12.

“Pensar que hoy en día la adquisición de las destrezas legales como parte de la fase del aprendizaje práctico del Derecho se reduce a las aulas, ya sea a través de las clases prácticas –cuando ellas existen-, o al lejano aporte de los estudios generales, o a la experiencia desigual y fortuita que aportan las

prácticas pre profesionales, es desconocer las fortalezas que aportan estas habilidades en los estudiantes si son forjadas y estimuladas desde las distintas actividades, cursos y espacios académicos que pueden generarse. Así participar en una revista de estudiantes de Derecho, en círculos de estudios, en la organización de eventos académicos, en competencias de debates, en talleres orientados a desarrollar destrezas para redactar, comunicar, etc., son sólo una forma de procurárselos. En un mercado cada vez más competitivo y globalizado, dotar a los estudiantes de Derecho de destrezas legales es reconocer su aporte a la formación del futuro abogado para mejorar su aprendizaje y rendimiento. Y es que el saber tiene muchas expresiones, el saber hacer, saber imaginar, saber decir, saber leer, etc., y todas ellas, forman parte de un permanente aprendizaje, porque los abogados nos hacemos todos los días.”

Zusman Tinman, Susana (2009, p. 83). ¿Cómo se debe enfocar la educación legal? *Themis*. 57.

“Los métodos de enseñanza que derivan del empirismo son muchos y muy diversos entre sí y pueden utilizarse solos o combinados con otros métodos empíricos e incluso, con el método magistral (que, bien dosificado, puede ser útil en ciertas circunstancias). Entre dichos métodos se encuentran los siguientes: a) Clínica: este método se utiliza en los últimos años de la carrera, porque supone la realización de trabajo profesional en consultorios jurídicos (generalmente gratuitos), donde los alumnos manejan casos bajo la supervisión de un profesor. La clínica no se opone a la discusión porque, por lo general, los casos se discuten en grupo, lo cual estimula la colaboración, que es fundamental para el aprendizaje del Derecho. b) Prácticas pre-profesionales: son programas especialmente concebidos por las Facultades, para colocar a los estudiantes en prácticas pre-profesionales en oficinas legales, cortes, ONG, etc. Estos programas generalmente se complementan con discusiones en clase sobre las experiencias adquiridas y, a diferencia de las prácticas pre-profesionales tradicionales, cuentan con la intervención directa de la Facultad de Derecho en el diseño y seguimiento del entrenamiento. c) Trabajos de campo: que suponen visitas a las cortes o a tribunales administrativos para presenciar el desarrollo de procesos. d) Utilización de casos reales: este método consiste en traer a clase documentos legales para analizarlos y discutir casos reales. e) Simulaciones

y *role playing*: que incluyen la redacción de documentos; la simulación de entrevistas a clientes o discusiones e intercambio de argumentos. Esta técnica promueve el interés y la motivación de los estudiantes e incrementa la retención; involucra activamente a los estudiantes; obliga a utilizar el material didáctico y no sólo a memorizar y proporciona retroalimentación inmediata por los comentarios que los alumnos reciben de sus profesores y compañeros. Las simulaciones ayudan a enfrentar la ansiedad y a manejarla y constituyen un mecanismo idóneo para que los estudiantes lleguen a conocer sus fortalezas y debilidades. f) Ejercicios escritos: Existe en Estados Unidos un movimiento llamado Escribiendo a lo largo del currículum, que estimula a los profesores a incorporar ejercicios escritos a lo largo de toda la carrera. El entrenamiento en redacción ayuda a pensar y a ordenar las ideas porque para escribir con claridad, es necesario pensar con claridad. Los ejercicios escritos permiten también a los alumnos involucrarse y comprometerse con sus cursos, explorar, investigar y tratar de entender. Finalmente, los ejercicios escritos son una “ventana” para los profesores, pues a través de ellos pueden apreciar si los alumnos están aprendiendo y cómo lo están haciendo.”

Gonzales Mantilla, Gorki (2010, pp. 304 y 305). La enseñanza del Derecho como política pública. *Derecho PUCP*. 65.

“El mercado, desde una óptica crítica, incorpora también las demandas de acceso a la justicia y los derechos de los grupos sociales que se encuentran en una posición de desventaja o exclusión. Este aspecto debería ocupar un lugar específico en el universo de preocupaciones que justifican el plan de estudios y el perfil del abogado. No se entiende, por ello, que se pase por alto y no se establezca una definición en términos curriculares que pueda tener un carácter transversal. Al margen de la posición ideológica que esté detrás, la función que cumplen las facultades de Derecho justifica plenamente esta consideración. (...) La información que podría reflejar los distintos enfoques institucionales, y sería útil para contribuir a mejorar la elección del interesado en estudiar Derecho, se revela a partir de los siguientes criterios: (i) la plana de profesores y los énfasis que se desprenden de su calificación académica y experiencia profesional para la propia vida institucional; (ii) los diversos acentos o enfoques temáticos que se hacen visibles en los planes de estudios; (iii) las especialidades que busquen

fortalecer determinadas áreas; (iv) las opciones de inserción en la vida profesional y los espacios laborales previstos que los egresados desempeñan; (v) las oportunidades para internacionalizar los estudios y el ejercicio de la profesión; (vi) las relaciones institucionales nacionales e internacionales de las facultades de Derecho; (vii) los recursos materiales, tecnológicos y bibliográficos. No se trata de un esquema estático, pues este tipo de decisiones están marcadas por el contexto social y cultural. Así, la idea del ascenso social que está detrás de los estudios universitarios junto a la imagen de poder que se atribuye a la profesión legal, pueden combinarse para influir en la decisión de estudiar Derecho, fuera de toda consideración relativa a la calidad del servicio, a las posibilidades de inserción laboral o subempleo, que en el caso de la profesión legal parece constituir un grave problema. (...) El contenido valorativo que implica la enseñanza del Derecho —como se ha dicho— debe calificar al sujeto para que sea capaz de tomar decisiones y enfrentar las carencias de la realidad, así como para avanzar a costa de ella cuando le sea adversa. Para aspirar a cumplir con estas premisas, el perfil del abogado no debe asumirse como una entidad fija en el tiempo y, por ello, no deben fijarse consensos estáticos que impidan ajustar su articulación desde el plan de estudios. El perfil del abogado debe comprometerse con la formación para enfrentar problemas jurídicos con conocimientos y destrezas específicas (especialización), pero con conciencia de su articulación a los valores de la democracia como un todo. La principal virtud reclamada a un sistema de enseñanza del Derecho radica en la responsabilidad de formar abogados comprometidos con la idea de propiciar —sea cual fuere el tipo de ejercicio profesional— ámbitos de desarrollo social más predecibles, solidarios y justos. Esta aspiración se conecta con el sentido político que redefine el papel de las escuelas de Derecho y se convierte en un derrotero para repensar los planes de estudios, las destrezas, los perfiles profesionales, así como los compromisos de la función docente.”

Morales Luna, Félix. (2010, pp. 242 y 243). ¿En qué conocimientos y habilidades debe ser formado un estudiante de Derecho? *Derecho PUCP*. 65.

“Todo lo anterior sugiere la necesidad de formar a nuestros estudiantes en la capacidad de razonar jurídicamente, lo que implicaría prever un curso inicial destinado exclusivamente a esta habilidad, sin perjuicio de que en cada curso se refuerce el empleo del método jurídico para la resolución de casos en las

distintas áreas del Derecho con los principios propios de tales materias. Este espacio debería dar continuidad al adiestramiento del alumno en el pensamiento racional en el ámbito del Derecho, esto es, la identificación cabal del problema que suscita el caso, la reconstrucción detallada de los hechos relevantes, la identificación de un material normativo inicial, la determinación de todos los problemas a ser analizados, la fijación de los puntos controvertidos, las posibles posiciones a ser asumidas en relación con ellos y las razones en las que podrían sustentarse, el conocimiento y el manejo de técnicas argumentativas, así como la capacidad de tomar decisiones coherentes con todo lo anterior. Este adiestramiento, sin duda, exige sesiones de tipo práctico que se dicten en paralelo a las clases teóricas sobre los conceptos jurídicos elementales (norma, fuentes, interpretación, derechos, sanción, etcétera). Si se me permite la comparación, para enseñar a jugar al fútbol se requiere entrenar en una cancha y no solo recibir conocimientos teóricos de tipo técnico y táctico dispuestos sobre un pizarrón. Del mismo modo, el adiestramiento en el razonamiento jurídico ha de ser de tipo práctico: debe ensayarse con casos reales ante los que el alumno advierta la existencia de mejores razones que otras y el modo de justificar adecua damente sus respuestas. Como ya fuera dicho, el uso que haga de tal razonamiento dependerá del rol desde el que decida ejercer su profesión. Siguiendo con el ejemplo del fútbol, si un jugador conoce los fundamentos de este deporte y ha sido entrenado en ellos, podrá desempeñarse con solvencia en un partido, al margen del puesto en el que juegue, sin perjuicio de que requiera destrezas particulares para cada puesto que asuma en el equipo.”

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze (2009, pp. 88 y 89). ¿Cómo se debe enfocar la educación legal? *Themis*. 57.

“A diferencia de la paporreta de los controles de lectura obligatorios que tienen por destino el olvido, la experiencia docente y la lógica del sentido común nos dicen que un alumno formado con controles de aprendizaje jamás olvidará lo aprendido. A fin de cuentas, de eso es de lo que se trata, ¿o no? Tocando otro tema que también merece especial atención, cuando el sistema de “comisiones de prácticas” pasó a mejor vida a principios de la década de 1990 y se produjo un vacío en torno al método de casos que las prácticas encarnaban fuera de los horarios de clase, se crearon los Seminarios de

Integración Jurídica, cuya dinámica y estructura se asemejaban mucho al de las difuntas prácticas. Pero sólo en la epidermis, como veremos. En estos seminarios, “mesa redonda” de por medio, un puñado de veinte alumnos como máximo, dirigidos por un profesor o auxiliar de cátedra, tenían por objeto discutir, opinar y plantear soluciones a diversos casos propuestos durante las aproximadamente 16 semanas que duraba el seminario. Las lecturas previas, como en las prácticas eliminadas, eran también un requisito. Hasta aquí las semejanzas con el sistema de prácticas. Las diferencias no se dejaron de hacer notar. La primera es la oportunidad. Mientras que las prácticas se llevaban en paralelo con el curso al que apoyaban, los seminarios son el colofón del Plan de Estudios, es decir, al final de la carrera, para ser exactos a partir del sexto ciclo, y una vez llevados hace mucho los cursos cuyos temas, se supone, serán los objetos de práctica de los seminarios. Una segunda diferencia es la modestia de éstas con la pretensión de aquéllos. Y es que mientras las prácticas lo eran de un curso, los seminarios integran –de ahí su nombre– varios cursos, o mejor dicho, varias áreas del Derecho que tienen alguna relación entre sí. Pero el problema también puede verse desde el lado opuesto, lo que nos dice mucho de lo controvertido del sistema de seminarios. Porque, mientras que el supuesto de la práctica era que el alumno llevara el curso que le daba origen; en los seminarios, no necesariamente el alumno ha tenido que llevar uno o varios de los tantos cursos integrados por aquél. Así, por ejemplo, si un alumno elige llevar un seminario de integración de Derecho Civil en el que se tocan casos de Contratos Típicos II, y el alumno no lo ha llevado porque no era curso obligatorio, entonces qué conocimiento va a afianzar si carece, precisamente, de ese conocimiento. (...) Pero nosotros creemos que la mejor práctica es la experiencia. Es la experiencia la que hace al maestro. Y no lo olvidemos; un alumno de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene dos años de Estudios Generales Letras. Dos años de redactar exámenes y monografías. Dos años para aprender a plantear y analizar problemas, a exponer, a debatir, a argumentar, a pensar. El que no ha aprendido con esa experiencia, pues que no se meta a estudiar Derecho. No es en la Facultad de Derecho donde debe “aprender a aprender” sino en Estudios Generales Letras. Ése es el sentido vocacional de esa Unidad Académica. Y, por otro lado, las habilidades y destrezas jurídicas tampoco se aprenden en la Facultad. Un torero no se hace torero dándole capotes a un toro de madera, sino en el ruedo, con un toro de verdad. Que no todos

puedan acceder al ruedo es otro problema. Es un problema de selección natural que no se va a solucionar con una simulación de la realidad. Se aprende de la experiencia. No se aprende la experiencia. Por último, tal como lo hemos señalado en nuestro artículo, estamos firmemente convencidos de que, pese a todos los problemas que pudiera haber, la enseñanza jurídica en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú es la mejor enseñanza del país, precisamente, porque nuestra Universidad y nuestra Facultad no se han convertido –todavía– en un instituto superior tecnológico o algo por el estilo.”

6.3 Definición de términos básicos

6.3.1. Ciencia jurídica

Guastini (2015, pp. 63 y 64). *Un enfoque realista acerca del Derecho y el conocimiento jurídico*. En *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*.

“La ciencia jurídica entendida en sentido estricto puede asumir tres formas diferentes, conectadas con los tres conceptos de Derecho presentados anteriormente. (i) Interpretación cognitiva. Antes me refería a la interpretación “decisoria” (la adscripción de un determinado significado a un texto jurídico). En la práctica común de los dogmáticos, la interpretación decisoria es la tarea más importante. Sin embargo, ellos también realizan otras tareas, como la de la interpretación “cognitiva” que consiste en identificar varios significados posibles de un texto normativo sin privilegiar ninguno (“El texto T puede interpretarse en los sentidos S1 y S2”); se trata de identificar los significados admisibles de acuerdo con las reglas lingüísticas –sintácticas, semánticas, y pragmáticas– compartidas, los métodos de interpretación jurídica aceptados, y las teorías jurídicas existentes. La interpretación cognitiva constituye una contribución al conocimiento del Derecho entendido como conjunto de textos normativos, ya que pone en evidencia la ambigüedad de las formulaciones normativas y la vaguedad de las normas. (ii) Reconstrucción de corrientes jurisprudenciales. Entendiendo el Derecho como un conjunto –no de formulaciones normativas sino– de normas (expresas e implícitas), el análisis, la reconstrucción y la descripción de las corrientes (interpretativas y constructivas respectivamente) presentes en la cultura jurídica (en la dogmática y en la jurisprudencia) constituye una obvia contribución al

conocimiento del Derecho. Esto también forma parte de la práctica habitual de los dogmáticos y contribuye al conocimiento del Derecho en cuanto paso preliminar necesario a la identificación de las corrientes dominantes. Y el conocimiento de las corrientes dominantes es, a su vez, preliminar a la identificación del derecho vigente. (iii) Descripción del derecho vigente. Entendiendo el Derecho como un conjunto de normas vigentes, el conocimiento y la descripción del Derecho exige la identificación de las normas efectivamente aplicadas por los jueces y por otros órganos de aplicación. (Es inútil añadir que donde no hay una norma vigente relativa al caso en cuestión, la ciencia jurídica solamente puede hacerse eco de los desacuerdos que existen en la jurisprudencia.)”.

6.3.2. Jurisprudencia

García Maynez, Eduardo (1974, p. 69). *Introducción al estudio del Derecho*. México, Porrúa.

“En las disposiciones legales citadas la palabra jurisprudencia úsase en un sentido más restringido que el indicado en un principio, ya que sólo se aplica a las tesis que reúnan los requisitos señalados por las mismas disposiciones. En lo que atañe a nuestro Derecho podemos hablar, por tanto, de jurisprudencia obligatoria y no obligatoria. Relativamente a las autoridades mencionadas en esos preceptos, las tesis jurisprudenciales tienen la misma fuerza normativa de un texto legal. Dichas tesis son de dos especies: o interpretativas de las leyes a que se refieren, o integradoras de sus lagunas.”

Atienza, Manuel (2005, p. 37). *Las razones del Derecho*. México: UNAM.

“El modelo utópico de jurisprudencia (...) se basaría en los tres siguientes presupuestos: 1) “La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema”; la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; 2) “ Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él”; 3) “Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Es preciso evitar cualquier otra”.

Indacochea Prevost, Úrsula (2015, p. 317). *La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del Derecho*. En *Themis* N° 67.

“La jurisprudencia, así entendida, es considerada en muchos países de la familia jurídica del *Civil Law* como fuente de normas jurídicas generales; sin embargo, cabe advertir que en este modelo la incorporación de las normas no se produce porque un Juez –que normalmente se encuentra ubicado en el vértice de la estructura judicial, como ocurre en el caso de nuestro Tribunal Constitucional– haya tomado la decisión de adoptar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones en el mismo sentido, que son independientes entre sí. Ello aproxima la “doctrina jurisprudencial” a las llamadas fuentes-hecho, pues la producción del resultado institucional no se encuentra –del todo– bajo el control del propio Tribunal, no sólo porque su composición va variando a través del tiempo, sino porque sus decisiones son adoptadas por diversas secciones o “salas”, cuyos criterios podrían no coincidir entre sí, o coincidir solo parcialmente. Esto quiere decir que, aun cuando su voluntad sea relevante para la adopción de cada una de las decisiones individuales que contribuyen a conformar la “línea jurisprudencial”, esto último es el resultado de la sola reiteración de decisiones en un mismo sentido, de las cuales se desprendería una interpretación común que vincula a los jueces ordinarios.”

7. METODOLOGÍA

7.1. Diseño metodológico

En esta tesis se desarrolla una investigación cualitativa, ya que el investigador de manera deductiva describe la problemática de las falencias de la enseñanza del Derecho Civil y cómo es que ese problema se puede suplir con un adecuado entendimiento de la importancia de la presencia de la jurisprudencia en el desarrollo de los diversos temas que componen la materia, así como esbozo determinados lineamientos para elegir y analizar qué tipo de jurisprudencia es la que se tiene que estudiar.

CAPÍTULO 2

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

1. EL PARADIGMA DEL ABOGADO (ESTUDIANTE) LITIGANTE Y EL INICIO DE LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

Cuando una persona inicia sus estudios universitarios en Derecho, tiene en mente lograr diversos objetivos. Sin embargo, los mismos se relacionan a factores externos (como cumplir los deseos de sus padres o de la familia en general), o internos (como satisfacer una meta propia).

Sin embargo, en muchos casos suele existir un ánimo de luchar contra las injusticias. En el fondo, en muchos casos existe una especie de síndrome de un superhéroe oculto, ya que lo que ese estudiante quiere, muchas veces, es lograr justicia.

Sin embargo, conforme pasa el tiempo, el alumno se enfrenta a una serie de experiencias que van a ir modelando su carácter y van a direccionar las preferencias que éste tenía en un inicio.

Es claro que va a existir una especie de “gen” dominante al inicio, el mismo que se irá modificando conforme pasen los semestres de aprendizaje. Ese gen está alimentando por una idea de ser un abogado litigante, un abogado de tribunales, que se enfrente ante un juez o ante un fiscal, y que defienda causas nobles que persigan, en últimas, justicia.

Así las cosas, y antes de rescatar algunas ideas sobre el método de enseñanza en general, es importante retroceder un poco y hacer mención a un modelo de abogado que es común encontrar en los inicios de los estudios de la carrera de Derecho.

Ese paradigma es el del abogado litigante y lo desarrolla muy bien Arriagada y Naranjo (2016, pp. 24-30). Me permito resumir dos ideas de lo indicado por dichos autores:

- La educación jurídica tradicional opera sobre el paradigma de abogado litigante. Aunque evidentemente no es la única versión posible del ejercicio profesional, constituye quizás el prototipo más conocido e influyente de abogado dentro del imaginario legal.
- Este arquetipo es aquel abogado que actúa con dureza, competitividad y agilidad mental, y define el éxito a partir de la exhibición de una actitud ganadora dentro y fuera de su campo profesional. Busca enfrentarse en términos combativos, ya sea en un debate académico, en el aula o en la resolución de un caso. Es más, desea debatir jurídicamente incluso en contextos no formalmente competitivos, como en una discusión doméstica.

Como se observa, estamos ante una forma de comportamiento que se encuentra, por lo general, preconcebido en quien inicia sus estudios de Derecho. Naturalmente, al ser un aspecto enteramente personal, es claro que su origen se encuentra relacionado a la propia personalidad del estudiante.

Sin perjuicio de ello, ese ingrediente personal va a encontrar en las aulas de Derecho cierto nido que hará, en algunos casos, que el estudiante se sienta cómodo. Allí es donde toma relevancia la existencia de maestros que van a ir moldeando la manera en que los alumnos pueden ejercer el Derecho, pero ello se da, claramente, a través de un método de enseñanza que ellos poseen y que, de manera clásica, residía en una clase magistral (Peñuelas Reixach, 1996, p. 92).

Así, se tienen algunas ideas expuestas por Arriagada, I. & J.P. Naranjo (2016, pp. 24 y ss,) en torno a esa relación entre la personalidad “litigante” del alumno y cómo una “clase magistral” se relaciona de manera negativa con ella de manera directa en el ámbito de una clase:

- El modelo tradicional de cátedra expositiva se encuentra asociado a este paradigma de abogado litigante. El modelo de cátedra no refleja especial preocupación por los estudiantes, no motiva su participación activa, no promueve el seguimiento periódico, no proporciona retroalimentación significativa, no fortalece hábitos de estudio ni genera una relación de ayuda entre estudiantes y docentes.

- Este abandono del estudiantado conecta con la cultura del gladiador litigante tanto durante el período universitario como durante el ejercicio profesional. Desde el primer año de carrera se instala una forma de socializar que refleja la interacción adversarial propia de tribunales y replica los patrones de la profesión. En la cátedra expositiva, el profesor actúa como una autoridad que juzga a sus alumnos desde el pedestal de la superioridad y la experiencia, y que elige a los (visibles) mejores estudiantes para ocupar el siguiente escalón de la jerarquía. Los estudiantes participan en una interacción consistente en formular preguntas públicamente, frente a sus pares, bajo la dicotomía de ganar o perder, circunstancia que acentúa la idea de performance pública de la labor del abogado.
- Debido a que la cátedra contempla la participación pública y adversarial, el modelo gladiador litigante merma las posibilidades de negociar y resolver problemas, ya que desestima el desarrollo de capacidades interpersonales, investigativas y transaccionales. La competencia entre estudiantes termina por debilitar tanto la valoración de los compañeros de clase como la experiencia de trabajar en equipo.
- También las evaluaciones, ejecutadas a través de exámenes cronometrados y de razonamiento abstracto, favorecen una cultura educacional individualista adversarial.
- Como reflejo y motor de estos patrones, el estudiante, luego abogado, formado bajo este modelo, desplegará sus habilidades en un campo laboral sujeto a exigentes patrones de interacción. Los abogados en el mundo laboral, luego de haber sido sometidos en la carrera a la presión del éxito, evalúan sus triunfos en función del dinero involucrado en sus transacciones más que en el desafío intelectual o el interés público envuelto en su labor.
- Las firmas de abogados utilizan mecanismos que favorecen la competencia y la adopción de estrategias agresivas en contra de los compañeros de trabajo. El nivel de compromiso de un abogado con la firma en la que participa se evalúa a través de un tiránico sistema de carga de horas y la devoción obsesiva hacia la actividad laboral. La lucha por demostrar compromiso termina por excluir a aquellos abogados que compatibilizan su dedicación al trabajo y su vida personal.

- Consecuentemente, la labor de abogados que se dedican a la elaboración de políticas públicas, o que participan en organizaciones no gubernamentales o en el desarrollo de investigación, no resulta particularmente valorada en el medio.
- Los procesos de enseñanza, aprendizaje y evaluación que se despliegan durante el desarrollo de la carrera de Derecho fuerza a los estudiantes a adherir a este modelo. Aun cuando una facultad de Derecho declare formalmente entre sus propósitos favorecer el desarrollo de profesionales integrales capaces de ejercer el Derecho desde diversas áreas, lo cierto es que el modelo por sí mismo desincentiva, o incluso paraliza, la formación de estudiantes en ámbitos distintos al de la litigación.
- El centro en la exposición meramente magistral y los excesivos esfuerzos de memorización corren el riesgo de formar además profesionales sobrepasados por continuos flujos de información e incapaces de hacer frente a modificaciones sociales o, incluso, legales.
- El modelo todavía no incluye el uso de nuevas tecnologías ni se hace cargo del acceso masivo e instantáneo de información a través de soportes digitales.
- Existe consenso también en que el centro en la clase magistral, las exigencias de calendario y la rigidez de las evaluaciones monopolizan los esfuerzos del estudiante y, por lo tanto, impiden su participación en actividades extraprogramáticas. Con esto, la carrera de Derecho invalida a los estudiantes con perspectivas de desarrollo en campos laborales distintos al tradicional. El mismo fenómeno niega el reconocimiento de aquellos docentes que realizan actividades fuera de las aulas, tales como actividades de reforzamiento, talleres, asistencia o participación en seminarios. La presencia de docentes litigantes contribuye al fenómeno.
- Los profesores en las carreras de Derecho son abogados que dividen su tiempo entre el ejercicio profesional y las aulas universitarias, ya que la dedicación exclusiva a la carrera académica es aún un fenómeno incipiente. Pese a que su experiencia práctica tiene un indudable valor formativo, el

docente litigante tiene escasa disponibilidad para atender las necesidades y requerimientos de sus estudiantes. En innumerables ocasiones, cuando su ejercicio profesional lo exige, el abogado litigante abandona sus labores docentes y las traspasa a manos de sus ayudantes. Así, aunque el académico litigante puede ejecutar una grandiosa puesta en escena durante la cátedra, los estudiantes perciben que sus profesores de Derecho no tienen interés en el aprendizaje fuera del aula y que no existen estímulos institucionales para los profesores que sí dedican tiempo y energía en ello.

- El modelo del gladiador litigante aún exhibe un estatus icónico instalado en el imaginario de estudiantes, abogados y la sociedad en general. Si ello es así, podemos intuir que el énfasis en el conflicto y la capacidad de destruir el argumento contrario desincentiva y excluye a quienes asumen valores, actitudes, compromisos o procesos de aprendizaje diferentes. Los resultados son perjudiciales para la profesión.
- La cátedra expositiva y el modelo del gladiador litigante, margina fórmulas creativas de enseñanza, desestima el pluralismo en el aula, excluye personalidades sociables y conciliadoras, desalienta actitudes mediadoras, intimida a estudiantes que disienten de las respuestas tradicionales y desanima la exploración de ideas nuevas o en desarrollo. Esta fórmula bien podría además estar operando como un mecanismo de exclusión de estudiantes mujeres, pertenecientes a minorías sexuales, étnicas o religiosas o provenientes de las clases sociales más desaventajadas.

Así las cosas, el tema de la enseñanza del Derecho no sólo pasa por otorgar preeminencia a la tarea del profesor, sino que también se debe tener en cuenta la predisposición del alumno, así como considerar las distintas personalidades y circunstancias que lo rodean.

De ahí que haya empezado este análisis con resumir la más común de las características y paradigmas que un estudiante de Derecho persigue cuando entra a una facultad de Derecho, pues es claro que la gran mayoría tiene como finalidad litigar y enfrentar un contrincante con el objetivo de ganar un caso.

Así, es importante que se analice, también, la carga personal que trae consigo cada estudiante y, junto con el desempeño del profesor, lograr construir un verdadero

método que para el caso de esta tesis se va a enfocar en el análisis y estudio de la jurisprudencia civil. Pero antes de ello, vamos a esbozar algunos conceptos generales.

2. EL MÉTODO DE LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA EN GENERAL

La Enseñanza Universitaria se ha definido de distintas maneras. Mac Gregor (1967, p. 3) ha señalado, por ejemplo, que “es la forma organizada del trabajo educativo a nivel de instancia superior, el cual tiene como componentes a: el docente universitario, el estudiante universitario y la metodología universitaria”. Asimismo, Lazo (1997, p. 60) señala que “la enseñanza universitaria posee características que la definen como un proceso de ayuda para la búsqueda, adquisición y construcción del saber científico, así como un proceso intelectual que critica estos conocimientos”.

Es claro que debe existir una distinción entre los diversos métodos de enseñanza que existen, ya que no todas las carreras universitarias tienen las mismas particularidades y de ahí que se requiera formas diferentes de enseñanza. Aquí cobra importancia las distintas ramas del conocimiento, pues las ciencias exactas no deberían enseñarse de la misma forma que las ciencias sociales, por ejemplo.

Sin embargo, se debe reconocer que todo este cambio en el enfoque de impartición de conocimiento ha sido influenciado por el avance histórico de la humanidad. Así lo pone de manifiesto Moreno Olivos (2009, p. 118), quien sostiene que: “A medida que los sistemas educativos se van haciendo más democráticos, crecen las demandas sociales y personales de educación, y se hacen más totalizadoras las reformas, cada vez se confirma un fenómeno ahora bien documentado que tiene varias aristas: a) La ampliación de los ámbitos de conocimiento que el profesorado debe conocer y dominar: disciplinas y áreas, aprendizaje y desarrollo de los estudiantes, currículum escolar por etapas, cursos o materias, organización y gestión escolar, política y sociología, b) El incremento y complejidad de las tareas que se le exigen: instruir y educar, planificar y realizar una enseñanza sensible a la diversidad, estimulante del pensamiento, motivadora y conectada con el mundo personal, cultural y social de los estudiantes, reflexionar y evaluar la propia enseñanza y sus resultados, trabajar colegiadamente con otros profesores, implicarse en el gobierno de la escuela e identificarse con los valores institucionales, trabajar con las familias, dar tutorías y asesorías, asistir a reuniones de todo tipo,

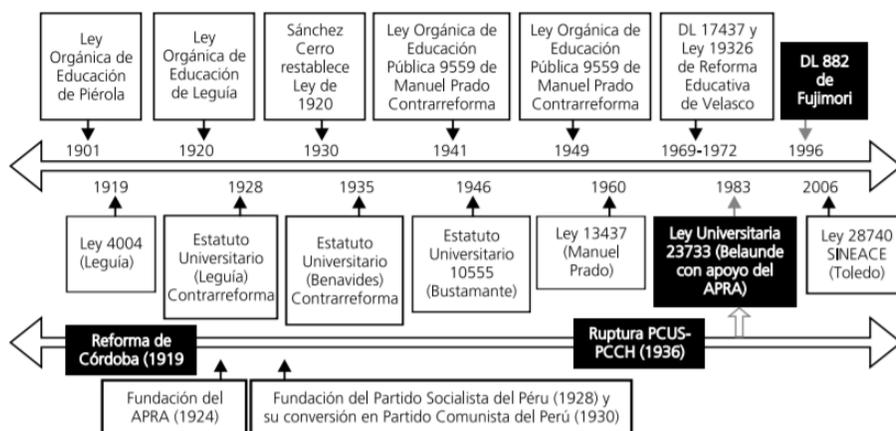
llenar formatos, escribir informes, c) La saturación docente, que reclama una fuerte implicación intelectual y compromisos de una profesión en cuyo desempeño quedan afectados no sólo aspectos racionales, sino también afectivos y sociales”.

Lo señalado se ha regido, en el caso peruano, también por un constante avance legislativo en materia de educación superior. En un importante trabajo de investigación, este hecho se ha puesto de manifiesto y resulta fundamental entender los distintos componentes que todo este proceso ha seguido.

De particular importancia resulta el siguiente párrafo, seguido de un diagrama que refleja el cambio normativo que ha sufrido la educación superior en el Perú, el mismo que ha sido determinado, en algunos momentos, por aspectos sociales como los regímenes políticos o los conflictos armados internos que nuestro país ha tenido que afrontar. En ese sentido, Vargas (2015, p. 28) señala:

“La presencia senderista en el sistema universitario fue tolerada, con escasas muestras abiertas de rechazo, hasta que la intervención militar (decretos legislativos 700, 726 y 739) y administrativa (Ley de Intervención Administrativa, ley 26457) de la universidad pública impuso un control estatal más agresivo del espacio universitario, en el marco de las reformas neoliberales de primera generación introducidas durante la dictadura fujimorista de los años noventa. Cabe resaltar que la modernización neoliberal del sistema universitario se gestó en alianza con antiguos dirigentes estudiantiles radicales, transfigurados algunos en guardianes del nuevo orden (CVR 2003, tomo V). Fujimori no solo promovió la liberalización del mercado educativo, sino que dejó asentadas las bases para su creciente privatización y mercantilización a través del decreto legislativo 882”.

Diagrama 1
Evolución legislativa e hitos significativos vinculados
al sistema universitario peruano



Fuente: elaboración propia sobre la base de Ongaro 2002 y MINEDU 2006.

Ahora bien, sin dejar de tener en cuenta esta evolución histórica, también es importante fijar nuestra atención en uno de los actores principales de todo este asunto: el profesor. En ese sentido, según Bolívar (2006, pp. 123 y ss.), existen tres áreas generales de conocimientos, habilidades y disposiciones que son importantes para formar a los profesores:

- Conocimiento de los alumnos y de cómo aprenden y se desarrollan en un contexto social.
- Concepciones de los contenidos del currículum y de sus objetivos, una comprensión de las disciplinas y habilidades para enseñarlas a la luz de unos propósitos sociales.
- Una comprensión de la enseñanza a la luz de la capacidad de los alumnos para adquirir los contenidos, informada por la evaluación y apoyada por el entorno del aula.

Lo señalado tiene directa relación con otra de las finalidades que persigue la educación universitaria.

En efecto, los estudios superiores pretenden (o deberían buscar) una formación integral. Ello, debido a que, según Pinos (2013, p. 99) “la formación humana integral es el eje fundamental para la transformación del individuo y la sociedad, de la cual también forman parte los estudiantes, educadores e instituciones educativas, entre otros actores involucrados en el proceso de interaprendizaje. La educación constituye uno de los instrumentos más poderosos para generar transformaciones en la sociedad. Obviamente el desafío más grande es el de cambiar nuestra forma y manera de pensar, así es posible enfrentar lo complejo que puede resultar los cambios de nuestro mundo, es importante una reorganización del conocimiento, eliminar barreras y construir puentes entre las distintas disciplinas garantizando una estabilidad cultural, económica y social. Para el pleno desarrollo de la persona como ser humano, se debe tener una conformación de una conciencia universitaria basada en el respeto de la Dignidad Humana”.

Sin embargo, esa finalidad que se persigue de manera necesaria y loable, no siempre se consigue, pues estamos ante una etapa en la que la educación se ha democratizado y ese hecho, que de por sí es valioso y genuino, no siempre trae buenos resultados, pues estamos frente a cantidad y se deja de lado, a veces, la calidad.

En efecto, Rodríguez (2007, p. 3) indica que “una serie de hechos ponen de manifiesto el cambio estructural -cualitativo y cuantitativo- de la población de acceso a la universidad que han producido su masificación en los países occidentales. Fenómenos como los del acceso de la mujer, la incorporación de grupos minoritarios (multirraciales, inmigrantes, mayores de edad), el *baby boom* (ya pasado), el descenso de la mortalidad estudiantil (no siempre se han establecido los correctos mecanismos de selectividad), el incremento del porcentaje de alumnos que continúan sus estudios, junto con factores como los del establecimiento de turnos nocturnos o la puesta en marcha de la universidad abierta, han marcado la fisonomía de esa educación superior de masas. Menos consistencia puede tener el argumento aducido por algunos políticos de que al necesitar los alumnos un excesivo número de años para concluir sus estudios (debido a su bajo rendimiento), las universidades se llenan de repetidores”.

Fuera de ello, es claro que, en una etapa de educación superior, los métodos que se utilizan son diversos y tienen distintas finalidades que persiguen. Entre esos métodos se pueden apreciar los siguientes:

LOS RECURSOS DIDACTICOS	
MATERIALES CONVENCIONALES	<ul style="list-style-type: none"> - Impresos (textos): libros, fotocopias, periódicos, documentos, etc. - Tableros didácticos: pizarra y franelógrafo. - Materiales manipulativos: recortables, cartulinas. - Juegos: arquitecturas, juegos de sobremesa. - Materiales de laboratorio
MATERIALES AUDIOVISUALES	<ul style="list-style-type: none"> - Imágenes fijas proyectables (fotos): diapositivas y fotografías. - Materiales sonoros (audio): casetes, discos y programas de radio. - Materiales audiovisuales (vídeo): montajes audiovisuales, películas y vídeos. - Programas de televisión...
NUEVAS TECNOLOGÍAS	<ul style="list-style-type: none"> - Programas informáticos (CD u on-line). - educativos: videojuegos, lenguajes de autor, actividades de aprendizaje, presentaciones multimedia, enciclopedias, animaciones y simulaciones interactivas. - Servicios telemáticos: páginas web, weblogs, tours virtuales, webquest, cazas del tesoro, correo electrónico, chats, foros, unidades didácticas y cursos online. - TV y vídeo interactivo.

Cuadro 1. Llanos Castilla, José Luis (2012, p. 453)

Sin embargo, lo señalado constituye un mapeo general de lo que es la educación universitaria. Se trata de un fenómeno complejo y, al serlo, sus métodos y formas también lo serán.

De allí que no creamos que existe un único método de enseñanza universitaria. Sino más bien que haya tantos métodos como materias existen. El Derecho, como no podría ser de otra manera, tendrá también un método que, a su vez, se subdividirá en muchos submétodos de enseñanza y aprendizaje. Es precisamente uno de esos submétodos el que vamos a analizar en esta tesis y con base en dicho análisis vamos a proponer una metodología que, según la experiencia que como docente he tenido, puede resultar óptimo para lograr que el estudiante aprenda la materia dictada con resultados eficientes.

3. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN GENERAL

Como ya se mencionó, la participación y desempeño del docente es fundamental en el proceso de enseñanza universitaria. Sin embargo, también lo es la predisposición y participación del estudiante.

De hecho, es claro para Pinos (2013, p. 99) que “el desempeño de un docente conlleva un nuevo compromiso social, marcado por los acelerados cambios tecnológicos y de una constante información, sin dejar atrás los conflictos sociales; también es cierto que la formación integral de un estudiante debe ser impulsada por el docente, sin olvidar que este último también es un egresado del mismo proceso educativo, es decir, la enseñanza de una disciplina lleva implícita una manera de enseñar que muchas veces tiene que ver con la manera en la que el mismo docente aprendió, sin embargo, muy aparte de la propia experiencia que podamos tener de las horas que se han pasado en una aula universitaria, es importante analizar el propio proceso educativo y rescatar de allí los aspectos más notables y dignificantes, para que sean imitados con el nuevo rol que ahora se desempeña, la parte negativa y nada productiva, simplemente debe ser tomada en cuenta para saber qué es lo que no se debe hacer. En la sociedad actual y sobre todo en la llamada sociedad del conocimiento, se requieren de profesionales con alto sentido crítico, ético y moral, que tengan una formación integral técnica, científica, social y humanista, capaces de dar respuestas a las crecientes exigencias a las se enfrentarán en su vida profesional tanto como ciudadanos, pero, sobre todo, como seres humanos”.

En todo este marco resulta fundamental reconocer la importancia de las facultades de Derecho, ya que todos los métodos de enseñanza que se pueda desarrollar se tendrán que materializar en dichos centros de estudio.

De ahí es válido que se señale que las enseñanzas que, para Tapia (2018, p. 7) se dan “se encuentran en una institución disciplinaria que busca la reproducción de saberes específicos como lo es la universidad moderna. Esto, que es, lógicamente, común a todas las disciplinas universitarias, se articula de forma particular para generar una dinámica conservadora mucho mayor en nuestras facultades que en el resto. Si el sistema educativo funciona como un proceso de disciplinamiento y normalización de las sociedades, la universidad debe ser considerada como su culmen. Ni siquiera en los países con educación gratuita universal es posible pensar

en que esto se deba a una cuestión cuantitativa, pues “gratuito” no significa que no tenga un costo individual y social para el estudiante, sino que ese costo no es exigido directamente por la institución educativa: utilizar el tiempo para realizar actividades escolares, adquirir productos para llevarlas a cabo, cubrir el transporte, la alimentación, el vestido e incluso el hospedaje son gastos derivados que cualquier persona que desee estudiar debe cubrir de forma personal, lo que para muchos, vuelve imposible acceder a estos niveles educativos (e incluso a los inferiores). A pesar de ello, resulta claro que es en estos espacios que se desarrollan los postulados que, con posterioridad, configurarán el “sentido común” de las sociedades”.

Nótese que lo indicado es un elemento más que conforma todo el proceso de enseñanza-aprendizaje. Es decir, no se está ante un fenómeno aislado, sino que para analizar los diversos métodos de enseñanza se tienen que estudiar todos los elementos que se relacionan a él.

Sin perjuicio de ello, en este acápite nos importa realizar un diseño conceptual de las diversas formas y métodos en que el Derecho se enseña hoy en nuestra sociedad.

Cabe señalar que el término “método” deriva del latín “*methodus*” que proviene de las voces griegas “meta” que significa “fin”, y “*hodos*” que significa “camino”. En otras palabras, se trata de un camino para llegar a un fin determinado. Llanos (2012, p. 39) indica que “significa tener un punto de partida y otro de llegada, por esta razón el método se define como un conjunto de procedimientos adecuados para alcanzar un fin determinado destacando en la concepción de método un proceso, un objeto o contenido, los medios convenientes y la evaluación de los resultados”.

Así las cosas, al ser este un fenómeno complejo, resulta claro para Viveros (2017, p. 283) que “para poder superar los diversos retos que se configuran dependiendo de la cantidad y cualidad de los factores incidentes en una cátedra determinada, tenemos que considerar los diferentes métodos y técnicas de enseñanza. Si bien, en los últimos años se ha venido promoviendo el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), debemos de tener presente que, mientras la impartición de experiencias educativas sea de carácter presencial, es menester buscar alternativas que permitan la interacción estudiantil en el aula y que les permitan llevar las discusiones a los pasillos y cafeterías. Los métodos que se

considera y propone retomar de acuerdo con la clasificación que hace Rafael Sánchez Vázquez, sobre todo para materias eminentemente teóricas, son: el trabajo individual y colectivo de investigación; el heurístico, el cual es eminentemente reflexivo y crítico, y que promueve la comprensión y no la retención de información; el analítico, por la descomposición que se tiene que hacer del objeto de estudio en sus diversas partes que le componen y el de socialización a través de asambleas”.

En ese entender, podríamos señalar que algunos de los métodos de enseñanza que se tiene radican en las siguientes modalidades:

- El método de la clase magistral (*lecture*).
- Los seminarios.
- El método del estudio del caso.
- Los debates.
- Las oficinas de interrogatorios.
- Los cursos de preparación para la obtención de un grado académico.

A continuación, vamos a comentar de manera muy breve en qué consisten estos métodos de enseñanza, pero aplicados, naturalmente, al ámbito jurídico, ya que es claro que, por ejemplo, el método de la discusión de casos no va a ser el mismo en este ámbito que en el de una carrera de ingeniería.

3.1. El método de la clase magistral (*lecture*)

La enseñanza del Derecho, y la enseñanza en general, históricamente se ha realizado a través del método de la clase magistral. Es claro que éste es un rezago de la historia, pues hoy en día existe una tendencia muy marcada a dejar de lado este método de enseñanza.

Sin embargo, creemos que este método no se dejará de lado de manera total, pues existe un componente y característica importante que no podrá ser reemplazado en

su integridad, y es que no se trata de un aprendizaje colaborativo el que se imparte en las facultades de Derecho (entendido éste como el proceso en el que todos aprenden de manera conjunta y en donde nadie es guía), sino que es claro que debe existir un guía (profesor) que enseñe determinados conceptos para, sobre la base de los mismos, se puedan intentar otros métodos de aprendizaje distintos a los de esa clase magistral.

Así, sobre el método de la clase magistral, Arriagada (2016, pp. 16 y ss.) ha señalado con razón que “el sistema de pregrado en Derecho generalmente descansa en la clase magistral expositiva (*lecture*), que consiste en la recitación (a veces directamente, lectura) del profesor de los contenidos normativos y teóricos del programa del curso junto a los principales debates jurídicos relacionados. El período académico generalmente contempla la rendición de dos o tres evaluaciones globales, orales o escritas, durante el semestre”.

Llanos (2012, pp. 43 y ss.) resume de manera muy interesante todo lo que implica una sesión bajo la modalidad de clase magistral. Así, se tiene:

- Se basa en la selección de información o conocimientos por el docente.
- El docente representa los conocimientos y los estructura para exponerlos a los estudiantes.
- El docente actúa con el poder que da el tener la información, el manejo de espacios, tiempos y rol.
- La calidad del docente es particularmente necesaria en este tipo de método.
- El estudiante acepta la autoridad del docente, su dominio y adopta una actitud de escucha.
- Tiene como objetivo comunicar información y contenidos teóricos, y procurar que esta información sea comprendida por el estudiante.
- Se pueden utilizar diversos recursos (exposición oral o demostrativa, medios audiovisuales como carteles, pizarra, proyectores, registro sonoro y video,

material impreso como apuntes, lecturas recomendadas, esquemas y gráficos, entre otros).

- El profesor puede incidir especialmente en determinadas ideas o conceptos que se consideren importantes.
- El profesor puede preguntar, poner ejemplos, motivar a sus estudiantes y utilizar recursos audiovisuales. Todo ello tomando como punto de referencia una exposición que previamente ha estructurado desde la base de unas finalidades precisas.

Sin embargo, la naturaleza de este método ha encontrado matices que son importantes tener en cuenta, ya que no se trata de una mera clase en donde una persona habla y el resto escucha. Sino que hay más detalles que merecen ser expuestos y analizados. Así, se puede pensar que “la clase magistral contempla el rol del profesor como expositor y a los estudiantes como meros espectadores de la performance docente. La cátedra descansa en el protagonismo del profesor, cuya exposición es interrumpida ocasionalmente por alguna pregunta o solicitud de aclaración por parte de la audiencia. Pese a que los profesores consideren deseable la participación de sus alumnos, el formato de cátedra no requiere esencialmente que los estudiantes preparen o participen de la clase” (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

Lo señalado no es lo único que se debe tomar en cuenta, y es que para aplicar ese método se deben salvar una serie de dificultades que pasan, incluso, por el propio tiempo que el maestro puede dar para preparar la clase o corregir los resultados del aprendizaje que ha impartido. En ese sentido ocurre que el profesor no logra concluir con el silabo del curso y por ello a veces se puede ver seducido por tocar las materias de manera muy general, en vista del corto tiempo con el que cuenta.

Fuera de ello, este método obedece a una dinámica que es bien expuesta por Llanos (2012, pp. 43 y ss.) al señalar que, teniendo en cuenta las características y la función de la lección magistral, la labor del docente en la clase magistral se divide en etapas:

- Planificación del curso y preparación de clases. Esto supone que se hayan fijado previamente los objetivos, que han de estar expresados en términos

concretos y definidos, como resultados prácticos alcanzables y en relación con la metodología didáctica propuesta.

- Fijados los objetivos, se estará en condiciones de prever los medios más adecuados para alcanzarlos. Entre estos se puede señalar la materia concreta objeto de explicación, las actividades de los estudiantes, el recurso didáctico y los procedimientos de enseñanza y de evaluación.
- La organización de los contenidos transmisibles depende sobre todo de la disciplina concreta y de las características del docente. No basta conocer profundamente la asignatura, es necesario organizar los contenidos de la manera más apropiada para enseñarlos, planificando las actividades, así como el material didáctico y los procedimientos de enseñanza.
- Además de esta preparación es conveniente un plan inmediato en la lección magistral, lo cual se establece con los siguientes criterios: conocer a fondo la materia (es una exigencia inmediata para la claridad de la exposición; al mismo tiempo, representa una oportunidad para abrir en los estudiantes nuevas expectativas que les motive hacia una posterior búsqueda de información) y planificar la estructura de la lección (de este modo, el docente sabe exactamente los puntos que desea dar a conocer al auditorio, su orden y la importancia, además trabaja mentalmente con un bosquejo claro de la clase).

Sin embargo, no todo parece ser positivo ni fácil, y es que también se han detectado una serie de problemas y aspectos negativos en el uso de este método. Así se ha señalado (Arriagada, 2016, pp. 16-21) que algunas de éstas recaen en los siguientes hechos:

- (i) Se trata de un método altamente despersonalizado, favorece la pasividad y el absentismo estudiantil.
- (ii) No mantiene sistemáticamente el seguimiento de sus estudiantes y provee escasa retroalimentación.
- (iii) No incluye necesariamente la formación de hábitos de estudio.

- (iv) No contribuye a la constitución de una relación de ayuda entre docente y estudiante.

Incluso, hay quienes ha sostenido, con justa razón, que “aún en su mejor versión posible, la exposición de contenidos resulta insuficiente como método formativo. Dado que el modelo tiene su centro en la memorización de contenidos jurídicos, la cátedra no explota el potencial de los estudiantes ni desarrolla competencias en, por ejemplo, análisis crítico, lectura comprensiva, búsqueda de información y manejo de bibliotecas y repertorios. El sistema de cátedra masiva unido al explosivo aumento de facultades de Derecho propiciado por la reforma del sistema de educación superior en los años ochenta, convergen en la instalación de un sistema altamente despersonalizado. (...) Las instituciones de educación superior, en especial las más tradicionales, han hecho algunos esfuerzos por enfrentar esta situación. Sin embargo, muchas de ellas no parecen haber tomado debida cuenta de la magnitud del fenómeno y han continuado desarrollando las mismas prácticas docentes, sin adaptaciones adecuadas a la nueva población estudiantil. Esto es, insisten en una docencia de modalidad presencial, en que prevalece la acción de enseñanza, centrada en la clase expositiva y con profesores que no manejan suficientemente las herramientas pedagógicas actualizadas. Así, entonces, el modelo mantiene la pasividad y prioriza el estudio de contenidos teóricos por sobre el análisis crítico o práctico. Si a esto sumamos que los estudiantes deben rendir numerosas evaluaciones durante el año académico y su presencia no es estrictamente necesaria para llevar a cabo la cátedra, el absentismo estudiantil intensifica sus probabilidades” (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

Pero estos problemas en la enseñanza utilizando este método, también tienen una implicancia directa en la evaluación de los estudiantes. En efecto, piénsese en el caso de una clase magistral brindada a cien alumnos y sobre eso preguntémosnos cuánto tiempo necesitará un profesor para corregir las evaluaciones de sus estudiantes. Siendo más específicos aún, piénsese cuánto tiempo se requiere para corregir un examen que sea de desarrollo conceptual o de análisis casuístico. La respuesta es preocupante, pues ese profesor requerirá de muchas horas más de trabajo para poder cumplir con su labor.

Lo señalado también ha sido materia de análisis cuando se analiza el método de la clase magistral. Y es que “los profesores generalmente utilizan instrumentos de evaluación (pruebas individuales de contenidos orales o escritas) que exigen al

estudiante revisar cantidades enormes de información esporádicamente durante el semestre. Salvo afortunadas excepciones, para estas evaluaciones se exige un estudio superficial y de corto plazo, en las cuales a los estudiantes se les demanda reproducir con máxima fidelidad y acríticamente la exposición del profesor. Este sistema resulta poco efectivo: los estudiantes memorizan contenidos sin demostrar comprensión ni compromiso con lo aprendido. Por su parte, la corrección de las evaluaciones de pregrado se caracteriza por ser una labor tediosa que es enfrentada con muy bajo interés (quizás total desmotivación) por profesores y ayudantes. Además, estas calificaciones se asignan de modo privado y raramente se las acompaña con información precisa que sitúe al estudiante en su proceso de aprendizaje y le ayude a interpretar sus resultados. En consecuencia, los estudiantes obtienen escasa retroalimentación sobre su desempeño, desconocen el rendimiento de sus pares (ni contribuyen a él) y no cuentan con oportunidades para corregir sus errores” (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

Como se aprecia, y conforme el fenómeno de la masificación de la enseñanza ha ido avanzando, se han ido detectando una serie de complicaciones en torno a este método de enseñanza.

De hecho, en el Perú se ha propiciado un arduo debate en torno a esta metodología entre los profesores Zusman contra Castillo y Vásquez (Castillo, 2005, pp. 14 y ss.). Para la primera, este método ya es obsoleto y no represente ningún aspecto positivo en la enseñanza del Derecho, entretanto, para el segundo, aún existen casos en los que este método resulta positivo y hasta necesario.

Me permito resumir las ideas de ambos profesores (Zusman y Castillo, 2009, pp. 69-89) en las siguientes líneas:

Argumento de Zusman Tinman:

“El método de enseñanza que ha predominado en las Facultades de Derecho peruanas es la enseñanza magistral, que estuvo en boga en todo el mundo hasta mediados del siglo pasado. Aquí, el alumno es un receptor de información, pues de lo que se trata es de la transmisión de conocimientos del profesor al alumno, basada en la idea de que “si ingresa algo bueno, el resultado tiene que ser bueno”. La preocupación del método magistral es, pues, la enseñanza y no el aprendizaje. Pese a la aparente lógica de su

planteamiento, este método ha sido (y sigue siendo) muy criticado, fundamentalmente porque prioriza la retención de la información a expensas del conocimiento y de los afectos (aspecto esencial para el ejercicio profesional, aunque poco reconocido) y porque es vertical o “dictatorial” (como señalaba uno de los alumnos entrevistados), pues crea una dinámica profesor-superior vs. alumno-inferior. El método magistral es criticado también porque se centra en el profesor y no en el alumno; estimula el aprendizaje superficial (dado que la profundidad se adquiere pensando y discutiendo); privilegia la competencia sobre la colaboración entre los estudiantes; separa artificialmente lo académico de lo profesional; se desconecta de los aspectos prácticos del Derecho; es impermeable a la interdisciplina; crea dependencia de los alumnos frente a lo que dicen sus profesores, lo que va en perjuicio de la creatividad; desconoce que los alumnos tienen distintas maneras de aprender; no se preocupa por el ambiente de estudio; y lo que es peor, deja en los profesores la sensación que los alumnos son perezosos o poco inteligentes. En conclusión, pues, es un aprendizaje pasivo y, además, con resultados bastante pobres”.

Nótese que la opinión de Zusman tiene como punto de referencia la clase magistral y pone énfasis en el profesor y en el alumno. Este punto es muy interesante, pues en muchos estudios sobre esta materia sólo se enfoca la tarea del proceso, dejando de lado la participación del alumno que, obviamente, resulta a todas luces fundamental. Pero, a continuación, la posición de Castillo y Vásquez, que vamos a citar, constituye una respuesta clara a lo que se ha indicado en el párrafo anterior. Veamos.

Argumento de Castillo y Vásquez:

“El “Método socrático” apareció como una tabla de salvación para lograr la transmisión de habilidades profesionales. Esto se debía a que el alumno debía enfrentarse directamente con las herramientas de trabajo del Derecho, leerlas y analizarlas en clase bajo la fina supervisión del profesor. Así, se decía, después de cuatro años de hacer esto, en más de sesenta cursos, si se había trabajado bien y con seriedad, se obtendría, sin lugar a dudas, lo que se llama la “mente del abogado”. De este modo, el “Método socrático” bien implementado en todos los cursos, hacía pues innecesarios todos los medios que se habían diseñado a lo largo de los años para que los alumnos

obtuvieran, como un agregado al corpus de conocimientos que transmitía la Universidad, un cierto margen de habilidades profesionales: prácticas en los cursos, prácticas en los estudios de abogados, prácticas supervisadas por la Corte Superior, prácticas ofrecidas por el Colegio de Abogados. Creemos que a nadie escapa aquí las similitudes extraordinarias que el “Método socrático” de ese entonces tiene con la metodología de aprender a aprender, lanzada 40 años después para conjurar un sistema de enseñanza jurídica obsoleta y tradicional, que por lo menos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, paradójicamente, se parece mucho al “Método socrático”. Es decir, el método de hace 40 años pretende ser reformado por el mismo método; nombres más, nombres menos. En nuestra opinión, queda claro que en esta cuestión del método existe un error de juicio que consiste en creer que existe un método universal para la enseñanza del Derecho. (...) Cada tradición jurídica tiene su forma de concebir la enseñanza del Derecho y que ésta obedece a la lógica de aquélla. (...) Nos guste o no, nuestra tradición jurídica es la romano-germánica y a ésta corresponde una educación legal que privilegia la información como el conocimiento relevante sobre la metodología de enseñanza y las habilidades que ésta fomenta. Lo contrario, teniendo en cuenta que no se pretende ni se ha pretendido jamás cambiar nuestra tradición jurídica por la anglosajona, sería –y ha sido, aunque hasta ahora en menor medida– el error de las reformas de la enseñanza del Derecho que se esgrimen recurrentemente en nuestra Facultad de tiempo en tiempo. Ahora bien, el así llamado método activo, socrático o de aprender a aprender que, como hemos visto, no es más que el método de enseñanza legal del mundo de la tradición del *common law*, ancló “curricularmente” en lo que muchos de nosotros que ya tenemos más de cuarenta años, conocimos como las “comisiones de prácticas”.

Ante este contrapunto de opiniones, en las que la tesis de la profesora Zusman tiene como punto en dejar de lado el método de la clase magistral, y en de Castillo y Vásquez que le dan una vuelta de tuerca y dejan entrever que el método que ataca Zusman es, en el fondo, el mismo método que ella quiere instaurar, resulta importante tener en cuenta un elemento que se trae sobre el tapete, y es el referido a los sistemas jurídicos que existen.

Es claro que tanto el *common law* como el *civil law* son tradiciones jurídicas abiertamente diferentes, pero la pregunta que surge de esa diferencia es si al ser

distintas también deben ser diferentes los métodos de enseñanza (Fiss, 1999, pp. 32 y ss.).

Antes de dar nuestra opinión, sobre este particular, quiero terminar por resumir la réplica y la dúplica que tanto Zusman como Castillo y Vásquez exponen.

Réplica de Zusman Tinman:

“La enseñanza de habilidades es un requerimiento para cualquier profesional en cualquier parte del mundo, independientemente de la tradición jurídica a la que pertenezca. No se circunscribe, pues, a los requerimientos de la práctica anglosajona. Nadie duda –creo yo– que saber redactar; saber exponer; saber investigar o saber entrevistar, son cualidades que no dependen, ni mucho menos, de una determinada tradición jurídica. Si los países de tradición romano-germánica no consideraron la enseñanza de habilidades como parte de la currícula de sus universidades, no es porque dicho aprendizaje no es compatible con el sistema, sino, simplemente, porque, en un momento determinado, no vieron el problema. Tampoco se trata de que el sistema anglosajón sea “un sistema enraizado en el show business”, ni que el abogado norteamericano tenga que verse con una “tradición jurídica operística y oral”, que según los profesores Castillo y Vásquez, no aplica a los abogados formados en la tradición romano-germánica. Esa es una mirada caricaturesca del abogado anglosajón. Los profesores Castillo y Vásquez no demuestran cómo así a cada tradición jurídica corresponde una determinada metodología de enseñanza; ni dan razones por las cuales la tradición romano-germánica privilegia la información sobre la formación en habilidades. (...) La metodología de la enseñanza depende, más bien y, en primerísimo lugar, del avance de la pedagogía, que propone nuevas maneras de enseñar (...). Es cierto que el Realismo Norteamericano impulsó fuertemente la orientación de la enseñanza del Derecho al análisis de problemas reales, pero eso no quiere decir que eso no pueda ser replicado en el sistema romano-germánico que, finalmente, comparte raíces con la tradición jurídica anglosajona. Por lo demás, hoy se viene produciendo un acercamiento entre los sistemas jurídicos anglosajón y romano-germánico, muestra de lo cual es, por ejemplo, el abandono del razonamiento silogístico. (...) Finalmente, vivimos en un mundo globalizado donde, nos guste o no nos guste, la cultura anglosajona

se ha impuesto. El inglés es hoy, el idioma universal; Estados Unidos es el centro científico del mundo, donde la investigación ha tenido y sigue teniendo resultados impresionantes; las universidades norteamericanas son siempre las mejores rankeadas; (...). En el ámbito jurídico, las cosas no son muy distintas: la contratación ha cambiado en todas partes del mundo, gracias a nuevas figuras provenientes del mundo anglosajón (i.e fideicomisos, *Project finance*); dicha tradición ha influido también en el cambio del concepto de propiedad (*time sharing*), que estoy segura, pronto adoptaremos; su razonamiento judicial (primero la conclusión y luego la premisa) ha sido adoptado sin dificultad por abogados de tradición romano-germánica, que han abandonado (consciente o inconscientemente) el silogismo, como esquema esencial de pensamiento. Incluso, se viene adoptando un nuevo estilo judicial que aspira, al mejor estilo anglosajón, a la simplificación del lenguaje judicial. Decir, entonces, que el sistema anglosajón nos es ajeno, es, por lo menos, exagerado. Posiblemente esa preponderancia no persista por mucho tiempo más y que, de acá a 100 años resulten más interesantes el sistema musulmán o el chino. Pero hoy no cabe duda de que el mundo anglosajón lleva la delantera, aún con la crisis que él mismo ha creado”.

Dúplica de Castillo y Vásquez:

“Las dos posiciones sobre la enseñanza jurídica están perfectamente claras: la doctora Zusman privilegia la técnica sobre el conocimiento, esto es, los trucos, las mañas (en el mejor de los sentidos), los tips, en una palabra, las habilidades o destrezas que un abogado debe tener para resolver problemas concretos; nosotros, por el contrario, ponemos la prioridad en el conocimiento que, seguimos creyendo, es la columna vertebral de la profesión de abogado y sin el cual no puede haber un abogado verdaderamente exitoso, como lo demuestra la experiencia en nuestro medio. Dicho esto, creemos que es importante resaltar cuál es la filosofía que, a nuestro juicio, está tras el planteamiento de la doctora Zusman. Por qué pues, para ella, las habilidades tienen prioridad sobre el conocimiento en la profesión de abogado. Porque, según su pensamiento, las habilidades sirven para “resolver problemas reales” que es el objeto del ejercicio de la profesión. En este sentido emparenta el Derecho a la Ingeniería o a la Medicina, mientras que lo aleja de la Filosofía o la Historia que, por ser disciplinas básicamente especulativas, aspiran fundamentalmente a entender el mundo. En otras

palabras, la doctora Zusman sostiene que ejercer la profesión supone no especular, sino resolver problemas concretos. Y no le falta razón, si no fuera por el pequeño detalle de que, para resolver un problema real, hay que entender la realidad del mundo (jurídico) que es donde se suscitan esos problemas. Porque, si no se entiende el mundo, si no se especula ni se piensa, ¿cómo se van a resolver sus problemas? En este sentido, nosotros diríamos que el Derecho, antes que relacionado con la Medicina o la Ingeniería, está primero relacionado con la Historia y la Filosofía. En Derecho, privilegiar la técnica sobre el conocimiento es la partida de nacimiento del tinterillo. Porque el tinterillo es eso, un técnico del Derecho: mínimo conocimiento con máximo de habilidades. Y esto tiene implicancias serias para la profesión de abogado. Nos referimos a las consecuencias éticas. Porque, después de todo, ¿cuál es la calidad moral de un profesional del Derecho cuya concepción de abogado es simplemente ser ducho en habilidades jurídicas? Porque, de las habilidades jurídicas a la triquiñuela no hay más que un paso cuando, vacío el Derecho de contenido, de Historia, de Filosofía, de dogmática que den un sentido trascendente a las habilidades jurídicas, no hay límite cultural alguno para caer en el abismo de la leguleyada. Ese es el peligro de que el principal objeto de la enseñanza jurídica sea proveer al estudiante de habilidades jurídicas. Y esto, por supuesto, degrada la administración de justicia de la cual el abogado es un actor fundamental. Lo dicho no quiere decir que las habilidades jurídicas no sean importantes para el ejercicio de la profesión de abogado: ¡claro que lo son! Y claro también que deben propiciarse en el estudio de la carrera de abogado a través del análisis y discusión de casos prácticos. Pero nosotros creemos que la mejor práctica es la experiencia. Es la experiencia la que hace al maestro. Se aprende de la experiencia. No se aprende la experiencia”.

Didácticas y esclarecedoras son, sin duda, las posiciones de los citados profesores. Por nuestra parte, vamos a emitir una opinión en dos planos. Debo adelantar opinión, en el sentido que no me encuentro de acuerdo ni en desacuerdo con el total de las tesis expuestas por los citados maestros. Creo, así, que cada uno tiene puntos valiosos que sumados podrían dar resultados importantes en el proceso de enseñanza.

Más adelante emitiré opinión sobre las ventajas o desventajas de este método. Pero sirva este marco conceptual para entender los pros y contras del método de la clase magistral.

3.2. Los seminarios

Desde un punto de vista etimológico, el término “seminario” viene de la palabra “*seminarius*”, que a su vez significa “semillero”.

En torno a los seminarios, Llanos (2012, pp. 48 y ss.) sostiene ha desarrollado algunas ideas que resulta importante sistematizar:

- Es un grupo de personas que investigan o estudian intensamente un tema en sesiones planificadas, acudiendo a fuentes originales de información. El seminario es el método activo más importante de la enseñanza universitaria.
- Ayuda a profundizar el estudio de las asignaturas y estimula el desarrollo del pensamiento de los estudiantes en su actividad creadora; de allí su significación, desde los puntos de vista cognitivos y educativo.
- Tiene como virtud promover discusiones e intercambio de ideas, en torno a los temas que se trata, por lo que los estudiantes adquieren el hábito para el razonamiento propio y aprenden a estructurar y desarrollar la expresión oral.
- Es posible controlar el grado de dominio de los contenidos y la profundidad del trabajo de los estudiantes; sobre la base de la retroalimentación de la actividad, se ponen de manifiesto también los aspectos deficitarios de los estudiantes, así como el grado de asimilación de los conocimientos.
- Las funciones cognoscitivas, educativa, y de control, no actúan independientemente sino, por el contrario, en completa interrelación. La exposición que se efectúa durante el seminario, debe ser libre y a la vez cumplir una estricta logicidad; de allí la importancia del docente, en la dirección de esta actividad. Debe organizarla con un alto nivel teórico, incitar el carácter creador y activo de los estudiantes, revisar y valorar sus conocimientos, analizar la conducta de estos durante su desarrollo y

ayudarlos a sacar conclusiones de los aspectos debatidos. Para ello se precisa la lógica del tema y establece los nexos adecuados en el mismo.

- La misión de los componentes de un seminario es indagar, consultar, buscar fuentes bibliográficas y experiencias orientadoras para llegar a establecer conclusiones.
- Los seminarios resultan especialmente interesantes como actividad para buscar y analizar nuevas formas de comunicación, detectar los problemas sobre los que hay que concientizar a los estudiantes y analizar estrategias de motivación.
- Es preciso tomar en cuenta el nivel de preparación, organización y capacidad de trabajo del grupo estudiantil. Constituye un factor importante su especialización y perfil profesional. Así como la experiencia que tengan en ese tipo de actividad.
- Con el fin de lograr los objetivos planteados, se pueden combinar diversas formas en una misma actividad, siempre que las condiciones lo permitan. Entre ellas se puede citar a las siguientes: el seminario-debate, el seminario-coloquio, el seminario de producción, el seminario de lectura, el seminario de solución de problemas, tareas y ejercicios, el seminario taller, el seminario de investigación, entre otros.
- Busca incorporar activamente a los estudiantes en las tareas de estudio, iniciarlos en la colaboración intelectual, prepararlos para la investigación.
- Es una técnica aplicable a todas las áreas del conocimiento humano, pues proporciona una experiencia de aprendizaje en grupo a través de la comunicación, la cual posibilita un mayor aprendizaje de cada miembro en particular y una retroalimentación durante el ejercicio.
- Ofrece un control abierto de la realización del mismo en base a lo planificado, del rendimiento y capacidades de los estudiantes; así como una amplitud de exigencias y posibilidades con respecto a gráficos, retroproyector, uso de diapositivas, materiales y diversas clases de medios.

Como se aprecia, el método de los seminarios tiende a ser más horizontal y grupal. Claramente, este tipo de enseñanza es la que, en parte, se utiliza en el método del estudio de casos, pues es claro que luego de un análisis individual de determinado material, existe la posibilidad de debatir en grupo sobre las distintas particularidades que el caso planteado exhibe.

Sin perjuicio de lo anterior, también existen algunos aspectos negativos, los mismos que residen, fundamentalmente, en la dispersión de la posibilidad de lograr una verdadera retroalimentación de las ideas que se puedan verter, ya que al existir claramente un intercambio directo de opiniones puede que los interlocutores no presten la debida atención en vista de que son muchas las ideas que se desean transmitir. Otro aspecto que podría causar inconveniente es que estos seminarios tienen mucho sentido en grupos pequeños de estudio, ya que si el auditorio es numeroso no todos podrán participar dando su opinión, pues se requeriría mucho tiempo para ello.

Empero, como lo dijimos, este método tiene muchos aspectos positivos que vale la pena analizar y aplicar para determinados casos.

3.3. El método del estudio del caso

Se ha señalado, con mucha razón, que “la clase práctica exige que los estudiantes traigan pensamientos individuales al discurso sobre el conocimiento del Derecho. De este modo, los sitúa como “pares”, en un sentido intelectual, con el profesor y no como sujetos subordinados dentro del proceso de aprendizaje. (...) El constructivismo aduce que, en la relación entre (estos), debe haber un aprendizaje recíproco. (...) Los puntos de vista subjetivos, tanto del estudiante como del profesor, se combinan dinámicamente para resolver los problemas teóricos y prácticos que se traen al aula de clase” (Forero, 2018, p. 112).

Así, distintas han sido las formas que ha adoptado la metodología de enseñanza a través de los casos.

Por ejemplo, “en el modelo Kolb, el aprendizaje se inicia con la experiencia concreta (la controversia), se sigue con la reflexión, que supone analizar la experiencia desde diversas perspectivas (¿cuál es el problema? ¿qué chances hay de ganar?); luego viene la creación de conceptos, que integran las observaciones en una teoría lógica

(debo demandar por incumplimiento contractual), para, finalmente, utilizar esas teorías y ponerlas en práctica (demandar). Y el ciclo se repite cuantas veces sea necesario, con la finalidad de afinar las conclusiones anteriores y así, hasta tener una idea concreta de lo que se debe hacer. El aprendizaje, pues, parte de la experiencia, que se analiza desde diversas perspectivas, luego se conceptualiza y, finalmente, se aplica” (Zusman, 1999, p. 929 y ss.).

Este es el método que en el último capítulo vamos a desarrollar con mayor detalle.

3.4. Los debates

En los últimos años ha tomado especial proliferación los concursos de debates o también denominados *moots*.

Este método resulta una forma muy interesante de aprendizaje, pues se pone en manifiesto y se permite el desarrollo de muchas habilidades.

Es claro que la presencia de un coach (que generalmente es un profesor) resulta imprescindible, pero en su organización participan más agentes que, por ejemplo, no tienen que ver con la carrera de Derecho, ya que en algunas ocasiones incluso se ve que forman parte del equipo profesores de expresión oral, psicólogos, etc.

Sobre esta manera de aprender el Derecho se ha señalado (Viveros, 2017, pp. 291 y 292) que la implementación de los debates se visualiza como herramienta para la construcción del conocimiento haciendo uso de la dialéctica. La dinámica que se sigue para su desarrollo es la siguiente:

- Se parte del supuesto de que las y los estudiantes cursantes ya tienen como antecedente académico las diferentes corrientes de la dimensión jurídica.
- Se les solicita integrarse en equipos de mínimo cuatro y máximo de seis, procurando sean números pares los que den el total de equipos integrados.
- Se hace un sorteo para saber el rol de enfrentamientos y se destina un día para cada ejercicio.

- Se hace un sorteo de los tres temas por parejas de equipos y se les solicita que ambos equipos investiguen de manera libre y lleven tarjetas (una por persona) con un argumento a favor y uno en contra respecto a la corriente que le tocó en suerte.
- Un día previo al inicio de los ejercicios de debate, se revisan entre ellos los argumentos a exponer a modo de que no se repitan los enunciados.
- Se requiere de una persona que voluntariamente modere el debate de entre las personas que no les toca debatir ese día, para que el desarrollo quede completamente bajo la dirección de las y los alumnos.
- El día del ejercicio se deja a la suerte la posición que adoptará cada equipo, y se les permite tomar sus tarjetas de apuntes soporte para el momento de su exposición y para tomar notas.
- Se comienza por el equipo que tiene la postura a favor y se le concede un tiempo determinado cronometrado a cada estudiante para hacer su posicionamiento, pasando posteriormente el uso de la voz al equipo con postura en contra, bajo la misma mecánica.
- Una vez terminada la ronda de posicionamiento, se conceden tres minutos para que en equipo elaboren tres preguntas a sus contrarios, las preguntas pueden ser dirigidas alguien en particular o en general a todo el equipo, a quienes se les concede un tiempo de hasta dos minutos para responder por cada pregunta.
- Una vez realizadas las preguntas por ambos equipos, se concede otro lapso de tres minutos para hacer conclusiones y expresarlas de manera personal, en el mismo orden de exposición que se concedió al inicio.

Lo señalado constituye un modelo bastante general y primario de lo que significa un debate.

Ello, debido a que existen concursos de debate que son mucho más elaborados en sus reglas y en donde participan cientos de equipos, todo alrededor de un caso concreto. Por ejemplo, el *Vis International Commercial Arbitration Moot* (en Viena)

o el Moot de Arbitraje Internacional organizado por la Universidad de Buenos Aires, son casos de a lo que se puede llegar cuando se trata de organización de este tipo de concursos.

Sin duda, es un método muy interesante de aprendizaje y concurso de conocimientos en donde los alumnos pueden desarrollar una serie de habilidades no sólo cognitivas, sino también de relaciones interpersonales.

3.5. Las oficinas de interrogatorios

En algunos países de América han surgido lo que se ha denominado como oficinas de interrogatorios.

En efecto, “el posicionamiento de las oficinas de interrogadores ha generado la ampliación de la demanda por apoyo académico para estudiantes de pregrado ya no solo luego de su egreso, sino con clases de reforzamiento durante el pregrado mismo. Estas clases particulares para estudiantes de Derecho es un fenómeno común a Chile y a Estados Unidos. *Kaplan Bar Review* en Estados Unidos ofrece servicios de preparación para estudiantes de primer y segundo año de *Law School*. En Chile, por ejemplo, la oficina de interrogadores “Supera tu Grado” contempla un servicio de clases particulares de Derecho con el propósito de reforzar contenidos y resolver dudas. En contraste con el modelo formativo de pregrado, las oficinas de interrogadores han implementado un modelo formativo totalmente diferente. La ejecución de cada interrogación descansa primariamente en el compromiso del estudiante con su propio desempeño y exige su participación activa. A diferencia del formato tradicional, las interrogaciones se realizan semanalmente. Además, el proceso de estudio supone que el estudiante conozca, apruebe y entienda sus metas de corto, mediano y largo plazo. El interrogado espera recibir sus resultados en tiempo real e inmediatamente luego de la interrogación, de manera que al interrogador se le insta fuertemente para que advierta las necesidades del interrogado, lo escuche atentamente y provea correcta retroalimentación. Por último, los interrogadores entablan una relación de ayuda que busca inspirar y motivar a los estudiantes durante su proceso formativo” (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

Sin perjuicio de lo señalado, en donde se indican varias de las bondades de este novedoso método, también se han podido identificar (Arriagada, 2016, pp. 16-21)

una serie de desventajas, las mismas que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Las oficinas de interrogadores carecen de gran parte de los atributos que distinguen a una institución académica tradicional. No tienen proyecto académico, realizan docencia sin investigación ni extensión y entrenan de manera prioritaria las habilidades y contenidos necesarios únicamente para aprobar un examen.
- A diferencia de lo que se espera de una universidad, las oficinas de interrogadores no exigen el desarrollo de pensamiento crítico.
- En términos de acreditación, no entregan certificados ni grados académicos ni tampoco son responsables de la reprobación de los estudiantes.
- Las oficinas en ningún caso garantizan el éxito de sus estudiantes ni existe responsabilidad en aquellos casos en que su proceso formativo fracasa.
- Las oficinas de interrogadores además no se encuentran sometidas a acreditación o escrutinio público.
- Por último, mientras las universidades contemplan la conformación de un cuerpo docente altamente especializado, con grados académicos de magíster o doctor, dedicado a la investigación y a la extensión, ser interrogador solo exige haber aprobado el examen de grado.
- Por otra parte, obtienen ganancias a costa de la necesidad de los estudiantes prontos a rendir un examen.

Con todo, la característica de este método de enseñanza se ha enfocado, en muchos casos, en los estudiantes de pregrado que no ven satisfechas sus expectativas.

De hecho, resulta común ver en nuestro propio país cómo es que proliferan los centros de capacitación en donde se brindan una serie de cursos en los que estudiantes pueden matricularse. Claramente, estos centros se diferencian en que no hay interrogadores que tienen una planificación para evaluar a los asistentes a

esos cursos. Sin embargo, podría afirmarse que estamos en una etapa embrionaria de surgimiento en el Perú de centros de interrogadores.

3.6. Los cursos de preparación para la obtención de un grado académico

Producto de la problemática que existe en la enseñanza del Derecho, han surgido mecanismos y programas para intentar combatir esa falta de aprendizaje-conocimiento originada por un ineficiente método de enseñanza.

Así, son comunes los centros de capacitación o institutos que se crean para brindar actualización en diferentes temas a alumnos o egresados de la carrera de Derecho, y en donde se puede apreciar una oferta académica bastante diversa y en donde se trata de reclutar a abogados, jueces, fiscales y, en general, personas que conozcan determinadas materias jurídicas para que dicten talleres, cursos de especialización, capacitaciones, entre otros.

Estos cursos están dirigidos a distintos públicos, pero fundamentalmente a bachilleres o ya titulados que desean obtener algún grado académico.

Una experiencia interesante se observa en los exámenes de preparación para obtener el título profesional de abogado (o, en general, algún grado académico).

Como se sabe, en el Perú son las propias facultades de Derecho las que administran los exámenes para optar el título. Sin embargo, en otros países existe un ente centralizado que se encarga de esta prueba y son conocidos como los *Bar Examination*. Sin perjuicio de ello, la característica que ambos comparten es que tienen como objetivo formar e informar al alumno en determinadas materias que serán objeto de evaluación, debido a que, en muchos casos, lo aprendido en las aulas no ha sido suficiente.

Así, se tiene que “los *bar preparation courses* o *cram schools* existen al menos en Japón, Alemania, Corea, Taiwán y Estados Unidos. Los programas de las *cram schools* tienen una duración aproximada de 18 meses y generalmente se desarrollan de manera coetánea a los estudios formales de Derecho. A diferencia del examen de grado chileno (donde la propia universidad en la cual el estudiante ha cursado sus estudios de pregrado administra la evaluación) el *Bar Examination* es una evaluación estandarizada administrada por agencias públicas en la

jurisdicción de cada Estado. En la literatura comparada, el académico norteamericano Mark Steiner ha aseverado que la demanda por los servicios de las oficinas de interrogadores en diferentes partes del mundo es resultado de las falencias institucionales de la universidad en entregar las herramientas para enfrentar el proceso de obtención del permiso de práctica profesional” (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

Sin duda, esta es otra consecuencia del déficit en la enseñanza el Derecho que debe ser evitada y combatida desde un enfoque preventivo.

Cabe precisar que “el surgimiento del servicio de educación jurídica (...) que opera en paralelo al modelo tradicional, revela las falencias del formato de distribución de educación jurídica bajo la institucionalidad universitaria. La presencia de oficinas (...) puede interpretarse entonces como una amenaza a la institución formal debido a haberse constituido en un sustituto de rápida efectividad para la formación jurídica. Tan cierto ha sido el éxito del modelo que las mismas universidades han decidido implementar cursos de preparación para el examen de licenciatura. El origen de las oficinas de preparación no responde entonces (o no únicamente) al interés de ganancia de agentes privados, sino a que la misma institucionalidad ha creado una necesidad que por sí misma se ha visto incapaz de satisfacer. Sostenemos que (...) han surgido para subsanar las falencias de la enseñanza jurídica que ofrece la universidad respecto al caso particular del examen de grado, este sustituto no constituye la solución a los problemas de la educación jurídica (Arriagada, 2016, pp. 16-21).

3.7. Nuestra opinión

El estado de la enseñanza del Derecho en el Perú ha estado alimentado por diversos métodos, todos ellos con aspectos positivos y negativos. Sin embargo, el análisis debe dividirse en dos aspectos fundamentales a saber.

El primero está relacionado a la forma. Aquí, se debe entender que los diversos métodos pueden aportar algo al objetivo final. No es que el método de la clase magistral sea, de por sí, perjudicial o enteramente positivo, sino que tiene aspectos que un profesor y un sistema de enseñanza en general debe ponderar. Asimismo, un método basado en el desarrollo de habilidades tampoco será en su totalidad

positivo o negativo, sino que de lo que se trata es de saber dónde aplicar esos métodos y en qué momento utilizarlos.

El segundo aspecto es el referido al fondo. Queda claro, entonces, que existirán métodos que tienen en el aprendizaje de fondo una falencia, pues orientan la enseñanza al desarrollo de habilidades que no necesariamente son cognitivas, sino más bien interpersonales.

Teniendo en cuenta lo señalado, es importante mencionar que el diseño de la currícula es fundamental. Ello, debido a que “se evidencian brechas y carencias entre los currículos impartidos por las Universidades Públicas y Privadas en torno a la enseñanza del Derecho. Una de las principales problemáticas radica en las diferencias de forma y fondo entre los planes de estudio de cada una de las Carreras de Derecho, pues, como se mencionó anteriormente, no existen adecuados controles para asegurar que las Universidades brinden educación de calidad” (Marengo, 2018, p. 20).

Con todo, y luego de un comentario a los diversos métodos de enseñanza del Derecho que se han aplicado en nuestro país, es claro que no existirá uno que sea el mejor o más óptimo, sino que me parece prudente y eficiente tomar de cada método el aspecto positivo que pueda tener y dosificar su aplicación atendiendo a la naturaleza del curso y a las características de los alumnos.

En este punto, resulta fundamental entender que la metodología dependerá, entre otros, del número de alumnos que se tiene, de las instalaciones con las que se cuenta, de los apoyos didácticos que uno posea, del nivel en el que los alumnos se encuentren (iniciando o terminando sus estudios), de la materia que se dicte, de los objetivos que se quieran lograr, entre otros aspectos. Todos ellos, naturalmente, van a dar como resultado la aplicación en gran medida de uno u otro método de enseñanza.

4. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL EN PARTICULAR

La enseñanza del Derecho Civil merece algunas opiniones particulares. Ello, debido a que esta tesis busca otorgar un método para su estudio, ya que dicha rama del Derecho tiene sus propias particularidades y, por ende, debería tener sus propios métodos de enseñanza y aprendizaje.

Sin embargo, el Derecho Civil ha sufrido diversos cambios históricos y, en ese proceso, ha tenido que enfrentar triunfos y derrotas. Así, se ha señalado con razón que “parte del problema del Derecho Civil en el siglo XX es que resultó ser demasiado exitoso en establecer su pretensión de autonomía. La autonomía del Derecho Civil llegó a significar que para enfrentar los problemas del Derecho Civil no era necesario hacer referencia a nada que estuviera fuera del Derecho Civil; en particular, no era necesaria la referencia a consideraciones de justicia distributiva, o en general, consideraciones de “políticas públicas” (como se dice hoy en día, como si la expresión “políticas privadas” no fuera una contradicción en los términos). La autonomía del Derecho Civil significa que el Derecho Civil no mira a la relación de las partes preguntándose cuáles serían los efectos probables o incluso ciertos de una determinada solución, sino qué es lo “suyo” de cada una de las partes. Pero la determinación de lo suyo de cada parte supone atención a las reglas atributivas del Derecho Civil, por lo que éste deviene formalista en tanto autorreferente. (...) En la tradición jurídica occidental, la idea de que la óptica del Derecho Civil es la óptica de la relación entre las partes está relacionada no sólo con la justificación política del Derecho Civil sino con su modo histórico de desarrollo. La historia del Derecho Civil (esto es evidente si uno mira a sus orígenes en Roma) no es la historia de la evolución de la interpretación de reglas abstractas promulgadas por la autoridad política, sino de la construcción de generalizaciones (*regulae iuris*) sobre lo que corresponde a cada parte atendidas las peculiaridades de la relación que los une. Los juristas romanos no eran especialistas en la interpretación de reglas abstractas, sino en la observación de casos particulares. Lo que distinguía al jurista del lego era que había desarrollado una habilidad especial para desentrañar la racionalidad intrínseca de las relaciones entre dos personas. Cuando ofrecía una solución, entonces, su opinión no era acerca de la interpretación de reglas abstractas, sino acerca de qué era lo que correspondía a las partes en la peculiar situación en la que se encontraban” (Atria, 2006, pp. 221 y 222).

Como se aprecia, el éxito de su autonomía hoy deviene en problema, pues es innegable que fenómenos como la constitucionalización del Derecho están trayendo debates que golpean directamente la autonomía del Derecho Civil.

Sin embargo, la importancia del Derecho Civil es hoy innegable. En efecto, “el Derecho Civil sigue siendo la piedra angular del Derecho. Porque es el Derecho Común. Es el derecho del cual se van desprendiendo ramificaciones que dan lugar

a los Derechos especiales. Por eso, el Derecho Civil, como Derecho Común y troncal, tiene un rol supletorio, pues se aplica de manera supletoria para integrar los vacíos que puede presentar el ordenamiento legal, no el jurídico, pues esa es una función fundamental que cumple el Derecho Civil” (Vidal, 2014, p. 20).

Ahora bien, de manera general es aceptado que “el contenido fundamental del Derecho Civil está constituido por:

- El Derecho de las personas (donde se encuentra, naturalmente, la persona natural y todo lo que se refiere a su capacidad, residencia, domicilio, ausencia, nacionalidad, registro civil, entre otros).
- El Derecho de familia (que regula el matrimonio, sus efectos personales, su crisis, el régimen económico matrimonial, la filiación, la patria potestad y relaciones paterno filiales, la tutela).
- Las relaciones jurídicas patrimoniales, que comprenden el Derecho de obligaciones, contratos, responsabilidad extracontractual, enriquecimiento injusto,
- Los Derechos reales.
- El Derecho de sucesiones, relacionado a la transmisión de las relaciones jurídicas de la persona a la hora de su muerte, sucesión testada e intestada.

Ante esta complejidad, es claro que “el trabajo del civilista, o del jurista en general, es ver cómo puede mejorarse la vida de relación. El ser humano es un ser de relación que no vive aislado; vive dentro de una vida social que lo lleva a relacionarse permanentemente. Por ende, la labor del civilista, como del jurista en general, es ir buscando nuevas formas de adecuación de la normativa jurídica a la vida social, pues existen diversas formas de manejar y enfocar la normatividad vigente, de darle un sentido y un alcance distinto al que se le viene dando, de una adecuación. Es una labor importante. Estos enfoques los realiza la doctrina, la que con la vigencia del Código de 1984 ha tenido un gran impulso, pues se trabaja doctrinariamente mediante libros y trabajos que se publican en revistas especializadas. Se debe trabajar también grupos de estudiosos y juristas que plantean mejoramientos al ordenamiento legal. Esta labor, además, la debe realizar

el Poder Judicial, a través de una jurisprudencia que se constituya en doctrina. En el Perú, se ha establecido el sistema casatorio, el cual llega a la Corte Suprema para que establezca si ha habido una correcta interpretación y aplicación de las normas” (Vidal, 2014, p. 22).

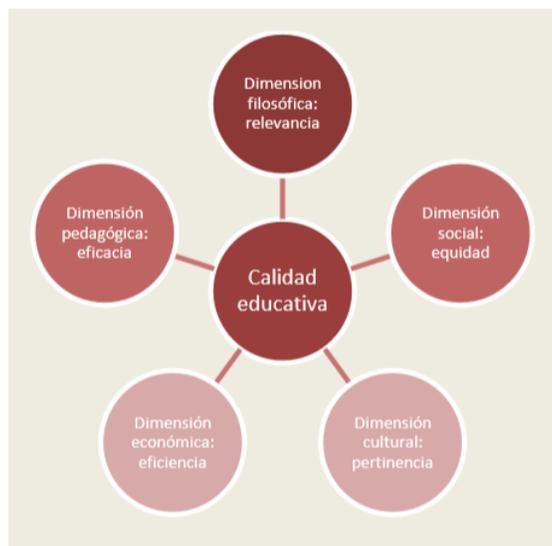
Por otro lado, es claro que el método de enseñanza del Derecho Civil no es uniforme en nuestro país. De hecho, creo que “para lograr una enseñanza de calidad es necesario reflexionar sobre la forma de aprender de los estudiantes y nuestras estrategias docentes y de evaluación. Los conceptos de los enfoques superficial y profundo del aprendizaje son muy útiles para concebir formas de mejorar la enseñanza. Es así que en el superficial se utilizan actividades de bajo nivel cognitivo, cuando hacen falta acciones de nivel superior para realizar esas tareas. El ejemplo típico sería el aprendizaje al pie de la letra de los contenidos seleccionados, en vez de la comprensión de los mismos. Allí se concreta aprendizaje con la obtención de una lista de datos, si el profesor evalúa aquello como positivo, el estudiante obtendrá una buena evaluación, ello es una señal de que algo no van bien en nuestro sistema de enseñanza o evaluación. En este caso al estudiante se le impide descubrir los significados de lo que se le enseña y así el aprendizaje se convierte en una carga que hay que quitarse de encima. Por otra parte, el enfoque profundo hace abordar la tarea del aprendizaje de manera adecuada y significativa. Así, cuando un estudiante utiliza este enfoque tiene sentimientos positivos, interés, sentido de importancia, sensación de desafío, aprender se convierte en un placer. También influyen los estilos de aprendizaje de los alumnos y el contexto en que se imparte la enseñanza, es decir, el clima o ambiente de la clase y de la institución (Zuvanich, 2016, p. 498).

Con todo, debemos señalar que la enseñanza del Derecho Civil en nuestro país tiene las siguientes características:

- Se hace uso, principalmente, de la clase magistral.
- Los alumnos, por lo general, son meros oyentes de lo que indica el profesor.
- El estudio se basa, fundamentalmente, en el análisis de la norma legal.
- Existe un método de evaluación que es memorístico, pero también analítico (aunque éste se da en menor medida).

- En algunos casos la presencia del estudio de doctrina se da, pero existe un problema en la identificación del tipo de lecturas que se entrega a los alumnos. Ello, debido a que en algunos casos se está ante lecturas muy densas que no pueden ser aprovechadas de manera óptima por el estudiante.
- Si bien es cierto la lectura de la ley es piedra angular, se deja de lado el análisis comparado de normas de otros países que, naturalmente, reflejan otras realidades que deben también ser analizadas.
- Hace muchos años el estudio de la jurisprudencia era inexistente. Sin embargo, en los últimos años se ha empezado a emplear materiales jurisprudenciales para que sean objeto de análisis en diversos cursos. El problema fundamental que se ha identificado es que muchos profesores no tienen en cuenta este valioso material que otorga, sin duda alguna, una mirada diferente de cómo se entiende y cómo se aplican las normas jurídicas a un caso concreto.
- Existe un problema de índole logístico, pues es común ver muchos alumnos en un salón de clase, lo cual trae consigo algunos problemas debido a que es complicado manejar un auditorio con muchas personas.
- El nivel de participación de los alumnos es proporcional al incentivo que los profesores otorgan en sus clases.
- En muchos casos los estudiantes no poseen el ánimo para aprender determinada materia debido, principalmente, al método que el profesor utiliza. Ello trae serias consecuencias en el aprendizaje que no logra sus objetivos.

Ante estas características, es claro que la labor del docente será fundamental, pero ella debe cumplir algunos estándares mínimos para llegar al alumno de manera óptima. En ese sentido, creo que es fundamental que se tengan en cuenta una serie de factores internos y externos que cada profesor deber poseer. En un interesante mapa se pueden resumir los que considero son los más importantes:



Cuadro elaborado por: Báez Corona, José Francisco (2017, p. 56)

Con todo, creo que la problemática de enseñanza del Derecho Civil hoy en día radica en que no existe un balance adecuado entre lo siguiente:

- Análisis y estudio de la norma jurídica nacional e internacional.
- Análisis y estudio de la doctrina nacional y comparada
- Análisis y estudio de jurisprudencia especializada.

Considero que, si se dosifica la enseñanza incluyendo estos tres factores, podremos lograr una enseñanza del Derecho Civil que sea óptima y que supere las deficiencias que hoy en día se tiene.

Común es encontrar un profesor que le ponga énfasis a sólo uno de los tres elementos citados, y lo ideal es que se logre un programa de enseñanza que pueda diversificar y dosificar la información que se otorgue entre varios puntos neurálgicos.

CAPÍTULO 3

LA JURISPRUDENCIA

1. EL DERECHO COMO COMPLEJIDAD

El estudio del Derecho debe enfocarse desde distintos vértices. No es posible concebir una teoría única para poder lograr tal fin. En ese sentido, esta ciencia social es un sistema que en modo alguno puede entenderse como cerrado, prueba de ello son las diversas posiciones que sobre un mismo tema pueden existir. Nadie es dueño de la verdad y lo que prima, en suma, son las razones y los argumentos para defender determinada tesis.

Sin embargo, es claro que el Derecho ha sufrido una evolución histórica (Atienza, 2018, pp. 132 y ss.) muy compleja que ha influenciado muchas de sus ramas. A título ejemplificar, se ha señalado que “la ciencia jurídica ha sido influida por la modificación del elemento sistema en la teoría de la ciencia. Primero durante el siglo XVI y XVII cuando, ante la disgregación categorial de las ciencias, la mayoría de los filósofos del Derecho ubicaron a esta ciencia entre las racionalistas, dándose por consiguiente el periodo del Derecho natural racionalista, representado en autores como: Hugo Grocio y Pufendorf, llegando a reflejarse en autores del siglo XVIII y XIX como Kant y Fichte. Después, la siguiente modificación de la concepción de sistema jurídico sucedería en el siglo XIX, cuando surge la codificación del Derecho y se abandonan los postulados evidentes del Derecho natural, dándose alta importancia a la norma creada por el legislador; aquí encontramos a autores como: Savigny, Benthan, Demolombe y Austin. Por último, en la primera mitad del siglo XX se vuelve a la modificación de la concepción del Derecho, que ya no del sistema, con la intención de fundar, o refundar, la ciencia jurídica sobre una base empírica. Así, autores, escuelas y movimientos científicos y filosóficos surgirían en el ámbito internacional, principalmente: a) la escuela de la libre investigación científica (Gény), b) la jurisprudencia de intereses (Heck), y la ciencia del Derecho libre (Kantorowicz); también escuelas sociológicas como: Duguit (Francia), Roscoe Pound (Estados Unidos), el realismo norteamericano (Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank) y el escandinavo (Hagerstrom, Lundstedt, Olivecrona y Alf Ross), intentaron aquel cometido. Característico de las anteriores posturas es su rechazo a la idea de sistematización, sin embargo, a decir de Bulygin y Alchoúrron, se excedieron al no

ver que la propia idea de sistema había de ser adoptada aún para las ciencias empíricas, aunque con matices distintos. Además, estamos de acuerdo con Bulygin y Alchoúrron en que es igual de erróneo en nuestra época científica colocar al Derecho, de forma exclusiva, tanto entre las ciencias empíricas como en las racionales, dado que la clasificación resulta obsoleta porque se reconoce que el Derecho se ve envuelto en problemas reales como puramente formales” (Corona, 2015, p. 60).

Al ser una ciencia tan compleja, se tiene, entonces, que esta complejidad puede esquematizarse en distintos puntos que han sido puestos de manifiesto por Rafael Sanz y André Folloni (2017, pp. 254-257) y que nos permitimos resumir en los siguientes puntos:

- El Derecho no es un sistema cerrado, sino abierto. Su carácter abierto se refiere a la continua interacción con su entorno. Es necesario rechazar la idea más difundida de que el Derecho es un sistema de normas que se transforma y evoluciona internamente, es decir, a través de los mecanismos inherentes a su propio sistema normativo de funcionamiento. El Derecho, en tanto que sistema, genera un continuo intercambio de información con su medio. El Derecho es un sistema dinámico, y por tanto en continuo cambio.
- Esto es consecuencia de una serie de elementos que podemos encontrar en cualquier sistema jurídico: la heterogeneidad de agentes (en el caso del Derecho internacional, Estados y organizaciones internacionales; así como diversos grupos –movimientos de liberación nacional, grupos beligerantes– o la propia persona física, bajo determinadas circunstancias y límites), la existencia de relaciones no-lineales y de un alto grado de retroalimentación entre los agentes, lo cual crea una red de nodos y canales a través del cual se transmite la información.
- Esto genera diversas cuestiones que deben tenerse en cuenta para cualquier análisis. La primera es que es conveniente un enfoque más centrado en los agentes y en la interacción entre ellos, como elementos básicos del sistema. Parte de la doctrina ha señalado que la fuente primaria del Derecho se encontraría en la “dinámica interactiva” de la sociedad humana. Sus elementos básicos “son comunicaciones, no normas: el Derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas”.

- La aparición de nuevos dispositivos jurídicos en un sistema (como el *soft law*) no debe analizarse desde la perspectiva de las normas, sino que es necesario analizar la aparición de nuevos agentes en el sistema y su interacción con los que ya existían. La teoría de los sistemas adaptativos complejos nos explica que la aparición de un nuevo agente en un determinado medio provoca cambios imprevisibles en el sistema.
- Nuestra concepción de Derecho tiene como elemento básico las interacciones entre una serie de agentes, pero estas interacciones –en la forma de actos comunicativos– pueden desplegar efectos en otros sistemas, como el moral, el político o el económico. En este sentido, consideramos que lo que caracteriza al sistema jurídico es que es un mecanismo de estabilización de expectativas; pero, en último término, lo que determina que una norma sea jurídica es que los propios agentes del sistema la consideren como tal.
- Si un juez decidiera explícitamente sobre la base de argumentos morales, el sistema jurídico podría reaccionar contra la sentencia pronunciada. Esto es así porque se consideraría un elemento extraño al sistema.
- En el ámbito del *soft law*, existen varios estudios muy interesantes que analizan la recepción de este tipo de normas en la jurisprudencia. El carácter dinámico del sistema, unido a su carácter descentralizado, implica que no existe en ningún momento una “última palabra” sobre una cuestión, sino que los diferentes agentes expresan sus pareceres sobre la base de una determinada estructura.
- La teoría que estamos aplicando nos proporciona una serie de herramientas metodológicas para analizar la interacción entre el *soft law* y el *hard law*, que es una cuestión que la doctrina ha analizado profusamente: el *soft law* expresaría, como mínimo, una convergencia de voluntades que puede dar lugar a una cooperación mutua que se desarrolle en un determinado sistema. El *soft law* es manifestación del desbordamiento del sistema de fuentes. Esta idea puede explicarse a la luz de la diferenciación tradicional entre fuentes materiales y formales del Derecho. Las fuentes materiales serían aquellos factores, fenómenos o acontecimientos de naturaleza sociológica que

contribuyen a construir el discurso jurídico. Las fuentes formales se refieren a los órganos legitimados para crear Derecho y a los procedimientos mediante los que se crea. Establecen, por tanto, unas reglas de producción que determinan que la norma sea válida. Ahora bien, las fuentes formales se establecen desde el interior de un determinado ordenamiento jurídico y desde determinada perspectiva.

- La formulación expresa del sistema de fuentes materiales es, de hecho, un acto comunicativo más, formulado por un agente específico, y que será acogido en mayor o menor grado por el resto de agentes. Eso explica por qué un juez puede, en cualquier momento, decidir una cuestión sobre la base de una fuente del Derecho no prevista en la ley o en cualquier otra norma con pretensión “constitucional”.

La complejidad del Derecho se erige, entonces, como un problema que abarca distintos ejes y que posee, cada vez con mayor potencia en su surgimiento, diversos matices. Uno de ellos, fuera de los que acabamos de mencionar, también se encuentra en la actual indefinición de lo que es la norma jurídica, ya que esta, hoy por hoy, parece no soportar las múltiples hipótesis que se presentan en la realidad.

En efecto, en torno “al esquema lógico del silogismo normativo (...) se ha abierto camino la idea que la premisa mayor (la norma) casi nunca está ‘completamente’ determinada por la ley y que, por ende, la decisión del juez debe contener elementos creativos que dependen de su elección, de su discrecionalidad. En segundo lugar, una mayor sensibilidad por los principios generales y los derechos fundamentales, ha contribuido a la opacidad de la teoría del hecho jurídico. En efecto, ni los principios, ni los derechos fundamentales, cuentan con un supuesto de hecho, ni toleran la lógica formal de la aplicación silogística al caso concreto. Finalmente, diría que el legislador moderno ha variado también la técnica legislativa. A la regulación casuística o tipológica a través del hecho jurídico ha añadido una normatividad basada en cláusulas generales que no sólo ha producido una mudanza de fuentes, sino también, a mi entender, una crisis del silogismo judicial como técnica apta para aplicar una norma al caso concreto debido a que evidentemente se trata de normas que tampoco cuentan, en sí mismas, con un hecho jurídico. En síntesis, el incremento de esta nueva técnica legislativa, sumada a la mayor sensibilidad jurídica por los principios y derechos fundamentales son los contornos de un anticipado *flexible droit* que requiere del intérprete una lógica jurídica adecuada –y

diversa al silogismo— para operar con la aplicación de normas elásticas” (De Lorenzo, 2008, pp. 140 y 141).

Lo señalado en el párrafo anterior resulta a todas luces clarificante del proceso por el que la ciencia jurídica atraviesa hoy en día. Ya no estamos, pues, ante un escenario en el que todo se puede resolver aplicando las reglas contenidas en las normas, sino que asistimos a un incremento de los denominados “casos difíciles” en donde se tienen que aplicar, claramente, principios generales que tienen que ser llenados de contenidos en cada caso en particular por el juez. Así, la filosofía del Derecho (Chiassoni, 2017, pp. 465 y ss.) y la teoría general entran a un cambio de concepción de estructuras.

Sin embargo, a esta problemática se suma otra, que surge en un escenario procesal. Así, se tiene que “la relevancia jurídica de un hecho depende también de aspectos procesales. Así las cosas, el procedimiento civil (pese a su tendencia actual a la verdad material ésta sigue siendo un resultado deseado pero no garantizado por el ordenamiento) es regido por el principio dispositivo de los hechos que implica que el aporte y la delimitación del material fáctico que habrá de conformar el objeto de la prueba (*thema probandum*) y, por tanto, el fundamento de la decisión (*thema decidendum*) a resultas de lo cual, los hechos relevantes quedan delimitados en las pretensiones procesales. La «subsunción» que realizará el juez encuentra, por lo tanto, otro límite formal pues, no es posible aclarar el significado o el contenido de un texto normativo sino determinando su campo de aplicación con referencia a hechos concretos. Estos límites procesales ponen al magistrado frente a los hechos en una situación que no es ni de creación ni de deducción, sino de elección congruente. En suma, los hechos buscan su relevancia en un ámbito complejo, plagado de estrategias y de límites formales y que un notable jurista definió como el misterio del proceso” (De Lorenzo, 2008, pp. 153 y 154).

Con todo, es claro que el Derecho es una ciencia compleja y desbordaría la finalidad de este trabajo el ponernos a analizar ese asunto.

Sin perjuicio de lo señalado, esta referencia a la complejidad del Derecho como materia de estudio tiene por finalidad entender que el método para la enseñanza es un asunto que posee diversos vértices y puntos que deben ser analizados con sumo cuidado. En ese sentido, la presente tesis tiene por objeto entender los diversos métodos de enseñanza (a cuyo estudio se ha abocado el capítulo anterior) y cómo

la jurisprudencia debe ser analizada en ese contexto (cuyo análisis conceptual se realiza en este capítulo).

Entretanto, y antes de dar un concepto sobre lo que es la jurisprudencia, resulta entender el fenómeno complejo que constituye la ciencia jurídica y en el siguiente acápite vamos a centrar más la información en el fenómeno de la codificación.

2. CODIFICACIÓN Y DESCODIFICACIÓN

La manera en que el Derecho se entiende hoy, y, por ende, la forma en cómo se enseña, ha sufrido muchos cambios debido a una serie de aspectos relacionados, principalmente, a procesos históricos, los mismos que ha tenido como uno de sus puntos de inflexión la revolución francesa, en donde valores como la libertad y la igualdad han cobrado gran importancia.

En efecto, con razón se ha señalado que “el estado de derecho liberal decimonónico heredado de la Revolución Francesa creó un modelo normativo que dependía de las normas generales creadas por la asamblea u órgano democrático; la ley aprobada democráticamente era la fuente del Derecho por excelencia. La ley era el producto normativo fundamental al cual se sometían los poderes públicos y las demás fuentes del Derecho, como la costumbre y la doctrina. Por su parte, la judicatura se debía limitar a ser el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres sin voluntad que no pueden moderar la fuerza ni el alcance de la voluntad democrática, pero que sólo hasta después de la Revolución iba a cobrar su verdadero alcance y significado. La absoluta prevalencia de la ley garantizaba su supremacía gracias a encontrarse positivizada en cuerpos normativos codificados, racionalmente fundamentados y democráticamente legitimados. Con ello, se perseguía un triple objetivo: uno político, la unidad nacional; otro jurídico, el sometimiento de los operadores jurídicos al legislador; y uno económico, garantizar la racionalidad y seguridad de las relaciones económicas” (Gonzales, 2014, pp. 122-124).

Como se aprecia, el tema no sólo tiene que ver con un aspecto enteramente jurídico, sino que el tema del entendimiento del Derecho y de sus fuentes tiene directa relación con un aspecto social.

De esta forma, “se muestra así la relación de un determinado sistema de fuentes del Derecho tanto con la economía como con la política. El movimiento codificador bebía ideológicamente de los postulados liberales racionalistas del siglo XVIII, cuya manifestación en el campo jurídico fue la racionalización de la producción normativa, expresada y positivizada en un cuerpo normativo completo y coherente. La idea de la legislación racional que pretende realizarse en la codificación tiene su origen en el racionalismo y en su anhelo por construir un sistema de leyes simples, universales, inmutables, abstractas y generales que aseguren la igualdad jurídica de todos los individuos, así como el libre desarrollo de su autonomía en la sociedad civil. El naciente mercado, que fundamentará sus bases en el Derecho moderno codificado, busca que el tráfico de mercancías se encuentre libre de incertidumbres normativas, por lo que el Derecho, en su pretensión de suficiencia y racionalidad, va a ofrecerle a través del código la cualificación jurídica de cualquier cosa imaginable. Gracias a la codificación normativa, el desarrollo del capitalismo logra tener un útil aliado en sus bases teóricas: asegurar la propiedad privada mediante la definición estricta de los derechos del propietario, por un lado, y asegurar el cumplimiento de las relaciones jurídicas contractuales, por el otro, todo lo cual se encuentra garantizado gracias a las reglas tipificadas en fórmulas jurídicas y aseguradas por los tribunales sometidos ciegamente a la ley. Los códigos del siglo XIX operaban como catalizadores de un programa jurídico, político y económico, que está en estrecha relación con el ideal burgués de perdurar, de estabilidad. El código no cambia con facilidad o rapidez mérito de sus características de generalidad, suficiencia y carácter estructurante de los más variados ámbitos normativos de la vida de los individuos, además de ofrecer un marco general para las relaciones de la esfera privada. (...) La nueva clase empresarial emergía de la Revolución Francesa y demandaba un mundo donde la estabilidad fuera la medida de la vida económica y social: el empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transaccionales. Estos últimos dependen principalmente del Derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia económica de calculabilidad se traduce en el plano del Derecho en la exigencia de seguridad jurídica” (Gonzales, 2014, p. 124).

Sin embargo, luego de este fenómeno codificador, en donde confluye diversos aspectos como los ya señalados anteriormente, entramos en las últimas décadas a un proceso de descodificación.

En efecto, “gracias a nuevas teorías jurídicas y nuevos derechos los jueces empezaron a resolver los casos de manera poco homogénea un juez de otro, pues decidían partiendo de postulados que los sacaba del letargo de ser la boca de la ley y, aprovechando las brechas y oportunidades que brinda el lenguaje; todos y cada uno de los jueces se situaba en un lugar privilegiado en el sistema de producción normativa. El legislador y la ley dejaron de ser el epicentro del sistema normativo. El hecho de que los códigos perdieran paulatinamente su poder dentro del universo normativo, trajo consigo que los valores que tan celosamente eran protegidos se vieran socavados y puestos en riesgo, la coherencia garantizada por un único cuerpo normativo que estipulaba soluciones para todo se vio superada por las contradicciones que supone la inflación legislativa propia de un estado intervencionista y que buscaba garantizar derechos sociales. El carácter cada vez más especializado de las leyes reemplazaba las fórmulas clásicas del Código por un subsistema normativo que se ocupaba de una única materia, además, en la desconfiguración de la coherencia, plenitud y predictibilidad de los códigos influyó fuertemente el cambio del papel institucional de los jueces; de ser simples operadores del Derecho que se encargaban de garantizar la aplicación de la ley, pasaron a ser creadores de Derecho en sentido estricto. Haciendo uso de herramientas sociológicas y del análisis del lenguaje, los jueces se transformaron en productores de Derecho que disputan al legislador la supremacía en la producción normativa. El desplazamiento de los códigos como centro normativo a manos de los factores que se han señalado, trajo como consecuencias la tan indeseable inseguridad jurídica con un alto impacto negativo para los actores económicos, dado que ante este horizonte de cambio constante la racionalidad de los agentes económicos percibe un desincentivo para hacer transacciones económicas, negocios, inversiones, etc. La percepción de inseguridad jurídica tiene en los agentes un efecto inmediato de desconfianza y por lo tanto frena la iniciativa privada y el emprendimiento. Sin seguridad jurídica que garantice el efectivo cumplimiento de los contratos se genera una alza en los costos de transacción, pues no se conoce de antemano la forma en la que en caso dado sean resueltas las disputas de los diferentes agentes, lo que de suyo incrementa el riesgo y las posibilidades de que se generen pérdidas o ganancias por debajo de lo esperado, según las expectativas que racionalmente motivan a los agentes a incursionar con ánimo de lucro en el flujo económico” (Gonzales, 2014, pp. 137-140).

Estamos, pues, ante un fenómeno que es una especie de inflación legislativa, un momento de la historia en donde todo se intenta resolver emitiendo tantas normas

y leyes como problemas existen. Tiene mucho sentido lo señalado por Ramos (2005, p. 44), cuando afirma que “la vasta extensión de las leyes especiales, expresión típica de la cultura de masas, a pesar de que desde casi una centuria mina los cimientos de los grandes códigos, no deja de ser sorprendente. El ideal jacobino de una legislación clara, corta y reducida, frente a la espesa selva de textos legales que inundan los anaqueles de las librerías, ha sido virtualmente deshecho”.

Ante esta realidad, “la idea de la codificación como inspiradora y centralizadora de la producción legislativa tuvo un amplio periodo de supremacía en el control de la creación jurídica y en el plano de la teoría del Derecho, pero el siglo XX trajo consigo reformas y cambios políticos y económicos, que como normalmente sucede, iban a tener sus repercusiones en el ámbito jurídico. Las repercusiones serían tan ondas que darían al traste con la idea central de la aspiración jurídica racionalista, esto es con el código, pero sobre todo, terminaría acabando con los valores y parte de la ideología que estaba representada en estos cuerpos normativos. La transformación de los estados europeos a partir de la Primera Guerra Mundial, que implicó ocuparse de las necesidades sociales de la población y la función de dirigir, o al menos, intervenir en la economía, supuso que el Estado se viera en la necesidad de usar de una manera exponencial la producción legislativa como su más importante herramienta de transformación; el Estado empezó a expedir leyes especiales para las más variadas materias de la vida social y política, que ponía a las obras legislativas codificadas en un segundo lugar en lo que a la especialidad de la regulación normativa respecta. El desarrollo de la sociedad industrial, los movimientos obreros, la necesidad de atender al crecimiento de la población urbana, los procesos de distribución de las tierras determinan a los órganos legislativos de diversos países a dictar legislaciones especiales que, si bien se refieren a materias que tradicionalmente correspondían al Derecho privado, pasan a regularse por disposiciones autónomas. En las últimas décadas del siglo XX este proceso se acelera y comienza una verdadera proliferación de leyes especiales que se apartan de los contenidos del Código. Las leyes especiales se encargaron de minar las tradicionales instituciones, principios y soluciones que se habían creado racional y sistemáticamente desde la época de la codificación legislativa, por lo cual se dio lugar a una cantidad de islas normativas que se alejaban del continente del Derecho estipulado en los códigos. El código deja de ofrecer las soluciones normativas que una sociedad cada vez más diversificada y menos homogénea demanda, dejan de ser el centro del mundo normativo para tornarse en una pieza

más en la diversidad que compone el mundo jurídico de las sociedades de la segunda mitad del siglo XX” (Gonzales, 2014, pp. 124-125).

Con todo, hoy estamos en presencia de un fenómeno de atomización del Derecho, en donde es común que se expidan normas que van a regular situaciones especiales que antes caían dentro del ámbito de aplicación de alguno de los códigos.

De hecho, el propio código civil es hoy parte de esa atomización que en últimas va a terminar por eliminarlo.

En efecto, en los últimos años el citado cuerpo normativo ha tenido diversos cambios que han ido desmembrándolo. Como ejemplo podemos mencionar las siguientes leyes que regulan situaciones jurídicas que antes se encontraban reguladas por el Código Civil. Veamos:

- La Ley de Arbitraje. Antes de la entrada en vigencia de las distintas leyes de arbitraje que rigieron en nuestro país, las figuras de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral se encontraban reguladas en el citado Código. Hoy lo están en el Decreto Legislativo N° 1071.
- La Ley de la Garantía Mobiliaria. En el año 2006 se derogó toda la figura de la prenda del Código Civil y hoy tenemos ya una nueva ley de garantía mobiliaria que ha derogado la que entró en vigencia en el citado año.
- El Código de los Niños y Adolescentes que regula hoy, de manera mucho más detallada, las relaciones y situaciones jurídicas de este grupo humano.
- El Código de Protección y Defensa del Consumidor, que tiene un claro origen en el Derecho contractual codificado, pero ahora ha tomado especial autonomía y especialidad, debido al incremento de las relaciones de consumo, y todo lo que esa realidad trae consigo.
- Las normas especiales sobre precario y desalojo, son otros ejemplos claros en donde se aprecia, a carne viva, cómo es que estamos ante un claro proceso de descodificación, en donde priman aspectos coyunturales como

es el caso de las diversas leyes sobre desalojo que se han emitido en los últimos años.

- Las diversas leyes en materia de Derecho registral que rigen, hoy, todo el funcionamiento de los registros públicos en el Perú. De hecho, aparte del T.U.O. del Reglamento de los Registros Públicos, poseemos una serie de normas especiales que regulan los distintos tipos de registros. Se observa, pues, que el libro del Código Civil que está destinado a los registros públicos, ha quedado prácticamente como un espacio donde se han incluido normas muy generales que ceden ante la aplicación de las normas especiales que ese ente ha emitido para su propio funcionamiento.

Como se aprecia, son muchos los casos en donde el Código Civil ha sufrido desmembramientos. Al parecer esa tendencia va en aumento y tal vez pronto vayamos a ser testigos de la muerte de los Códigos.

Sin embargo, León (2004, pp. 275 y 276) hace una sutil pero necesaria precisión, y es que “en otra parte del mundo, en Europa, donde nacieron los códigos civiles, la pregunta que hoy se plantea, preliminarmente, es si la codificación continúa siendo un modo legítimo de legislar. De aquí que se hable, por ejemplo, y precisamente, de descodificación. Debe tenerse presente, empero, que tales discursos no se elaboran en las nubes, sino que tienen como presupuesto, no menos esencial, el aparente advenimiento de un Derecho creado por los jueces. Este Derecho pasaría a ocupar el lugar, otrora privilegiado, de las estáticas disposiciones del Código, por la sencilla razón de que el Derecho forjado en los precedentes jurisprudenciales tiene menos necesidad de la intervención del legislador”.

Así las cosas, esa descodificación no sólo tiene que ver con el incremento en la producción normativa, sino que también con un activismo judicial sin precedentes en nuestro país, en donde claramente se aprecia que los jueces tienden a querer legislar a través de algunas figuras que el propio ordenamiento jurídico les otorga y que hoy se conocen en el país como precedentes de observancia obligatoria. Pero este último punto volveremos más adelante.

Con todo, es claro que estamos ante un momento histórico en donde la codificación está perdiendo espacio y protagonismo frente a un proceso de descodificación que tiene su fuente en una serie de factores.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO

Tradicionalmente se tiene que el Derecho posee diversas fuentes. Las más conocidas son la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre.

Sin embargo, el desarrollo que en materia de teoría general del Derecho se ha producido en los últimos años ha traído consigo un exponencial análisis de estos conceptos, de cara a distintos fenómenos como la constitucionalización del Derecho.

En ese sentido, se ha dicho que “las fuentes del Derecho y su configuración han sido históricamente uno de los aspectos más importantes que se han tratado por la doctrina jurídica y ha ocupado un lugar privilegiado en el diseño de las instituciones jurídicas y desempeña un papel central de cara a la organización del poder dentro de un estado de Derecho y del funcionamiento del sistema judicial. Uno de los cambios más significativos que plantea la teoría del neoconstitucionalismo, es la revisión de la teoría de las fuentes del Derecho, una premisa del constitucionalismo es cuestionar la supremacía de la ley como expresión de la soberanía que encarna el parlamento en los estados democráticos. La arremetida del neoconstitucionalismo contra el liberalismo decimonónico parte de cuestionar la supremacía de la ley como fuente prevalente y casi exclusiva del Derecho. En su lugar, el constitucionalismo propone que la ley, como la fórmula por excelencia de la producción normativa, continúe siendo una expresión legítima y válida de la autoridad democrática, pero en todo caso una autoridad sometida a una verdad normativa, cuyo referente es el contenido de la Constitución, en el que la jurisprudencia de un Tribunal Constitucional guarda un papel central en cuanto a la definición de los alcances de las disposiciones constitucionales. Así, la ley se ve sometida a una medida de validez que se encuentra en la Constitución y que contiene una validez formal, la tradicional del estado de Derecho decimonónico, pero además, una validez material que implica el respeto por parte del legislador de los contenidos sustanciales de la norma superior. El constitucionalismo ha marcado una fuerte condición para que la ley se adecue a la constitución, condición que no es otra que la garantía jurisdiccional de la Constitución. Mediante este se verifica si las condiciones de validez han sido o no respetadas, restringiendo de este modo el poder normativo de la ley como fuente de Derecho, además, condicionando positivamente el contenido de las disposiciones legislativas, como es el caso de las

inconstitucionalidades por omisión. Como lo sostiene Zagrebelsky el constitucionalismo ha significado una redefinición del equilibrio entre jurisdicción y legislación que ha favorecido la fuerza de la primera, aunque no busca que la ley sea remplazada por la justicia, sino que advierte al legislador de que en el estado constitucional las leyes que produce son una de las varias partes del Derecho y no todo el Derecho. De tal suerte que el legislador no es más el señor del Derecho y la ley no es ahora la única forma válida de producción jurídica. (...) En suma, el Nuevo Derecho ha planteado un reequilibrio entre las fuentes del Derecho al asignarle un mayor valor a la jurisprudencia, especialmente a la jurisprudencia constitucional y de los órganos de cierre de la jurisdicción. El papel del juez se eleva a un importante actor en el funcionamiento de los asuntos del Estado en lo que respecta a establecer el sentido y alcance del estado de derecho, de modo que la jurisdicción, encabezada por Tribunal Constitucional, da un importante paso en el control de las fuentes del Derecho respecto del poder del ejecutivo y del legislativo. Dentro del estado constitucional los alcances e implicaciones del fortalecimiento del papel de los jueces ha tenido un gran desarrollo por los teóricos del Derecho y los juristas en general, pero sus alcances prácticos en otras orillas del conocimiento no han sido tan estudiados, como es el caso de la relación del Derecho y la economía dentro del estado constitucional y del cual este artículo da cuenta” (Gonzales, 2014, pp. 126-129).

De esta forma, nos encontramos, pues, ante un verdadero cambio de paradigma en la concepción de lo que hoy se entiende por fuente del Derecho y ello ha sido influenciado por una serie de escuelas dogmáticas. Por ejemplo, el realismo jurídico americano (Tarello, 2017, pp. 15 y ss.) ha puesto importantes cuotas de conceptos en toda esta discusión.

Peor aún, si se tiene en cuenta que muchos tribunales están aplicando *soft law* a la resolución de diversos casos, se tiene que, en estricto, el concepto de fuente formal está mutando a situaciones antes impensables.

Sin embargo, no es finalidad de este trabajo realizar un detallado análisis de ese fenómeno, pues para efectos de conseguir explicar nuestra tesis, sólo nos interesa entender qué es la jurisprudencia y cómo entenderla en su acepción de fuente de conocimiento, diferenciándola de la de fuente del Derecho.

4. LA JURISPRUDENCIA

4.1. Concepto

En torno a la jurisprudencia, Rubio (2009, p. 177) ha señalado que “tenemos la jurisprudencia propiamente dicha, que es la que proviene del Poder Judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional, y la jurisprudencia administrativa. Ambas pueden ser entendidas en sentido lato y en sentido estricto. En sentido lato son todas las resoluciones judiciales que pasan en autoridad de cosa juzgada y las administrativas que quedan firmes. En sentido estricto, son las resoluciones que emite la última instancia del Poder Judicial, o la que agota la vía administrativa, según el procedimiento de que se trate.”

De esta forma, con mucho sentido se ha señalado que “en nuestro sistema jurídico, a diferencia del *common law*, una sentencia es un acto no normativo. Y ello, porque la sentencia, que pone fin a un proceso judicial, se aplica sólo a las partes intervinientes en el caso. No se aplica a sujetos indeterminados, en la medida que el demandante o el demandado siempre será una persona natural o jurídica. En este contexto, el juez goza de amplia discrecionalidad en la solución del caso y en el dictado de su sentencia, con el único límite de respetar el ordenamiento jurídico, su independencia sólo se ve sometida al respeto de la ley y la Constitución, de acuerdo al artículo 138 de la Carta. Cuando, por el contrario, dicta deliberadamente una resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes ya derogadas, podrá ser denunciado por prevaricato, según el artículo 418 del Código Penal” (Arce, 2013, p. 147).

Mucho se ha hablado en torno a las características que debería tener la jurisprudencia. Una de esas características que se le quiere atribuir es la de ser fuente de Derecho y, como vengo señalando por todos los conceptos citados en este trabajo, en nuestro país dicha categoría es bastante discutida.

Para cierto sector la jurisprudencia no es fuente de Derecho, sin embargo, es indudable que, por lo menos, en el ámbito constitucional y administrativo lo es.

Existen en el país distintas son las voces que dicen que el sistema de los precedentes que se origina en la jurisprudencia emitida por las altas cortes de justicia es adecuado.

En efecto, se ha señalado que el caso del “precedente judicial creador de normas jurídicas generales y abstractas, a diferencia de las leyes, no debe surtir largos trámites y debates legislativos, oposición de las fuerzas sociales y políticas y controles jurídicos de validez. Las sentencias proferidas por la Corte, las cuales crean situaciones jurídicas que vinculan en términos de generalidad y abstracción, se encuentran revestidas de la garantía de la cosa juzgada, además de no ser susceptibles de control político o jurídico en una instancia superior. Por esta razón si el precedente se hace respetar por los órganos judiciales siendo el máximo garante la misma Corte Constitucional, este puede ofrecer un grado muy alto de estabilidad y predecibilidad de las decisiones judiciales, pues todos los jueces del aparato de justicia se deben ceñir a lo que sea establecido por los precedentes de las altas corporaciones, en sus respectivas especialidades y jurisdicciones. Así, puede advertirse como los valores que la economía de mercado reclama del sistema jurídico están mejor asegurados y garantizados por un sistema de precedente fuerte que por leyes que pueden ser interpretadas de manera autónoma y con criterios diferentes por cada juez de la República” (Gonzales, 2014, p. 140).

Sin embargo, lo que hasta hace muchos años eran entendido como un elemento de persuasión (nos referimos a las sentencias emitidas por los tribunales de justicia), hoy tienden a ser de obligatorio cumplimiento, gracias, pues, a esas etiquetas de “precedentes de observancia obligatoria”.

Además, es importante resaltar que “a partir de la relación entre ley y Constitución, se ha planteado el carácter vinculante de la jurisprudencia, principalmente la jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal constitucional. Estas providencias en la mayoría de los casos, tienen efectos generales y profuturo que serán aplicados por otros operadores jurídicos, es decir efectos *erga omnes*, tal como lo haría una ley aprobada democráticamente y según las prescripciones procedimentales para la producción normativa. El nuevo Derecho ha puesto de manifiesto una tensión entre democracia y constitución. Por medio de los procesos democráticos se delibera y se crean las normas, mientras que la Constitución, a través de los derechos fundamentales y demás principios constitucionales, interpone límites a las posibilidades decisorias de los órganos colegiados y democráticamente elegidos. En la tensión entre fuerzas democráticas y límites constitucionales miden fuerzas el legislador y los tribunales constitucionales, o lo que es lo mismo, la prevalencia de una fuente del Derecho sobre otra: legislación o jurisprudencia. El activismo judicial que hoy se encuentra abanderado por el

neoconstitucionalismo no es un invento puro y simple de esta corriente teórica; es innegable que una variación como la que supone que los jueces dejen de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley para transformarse en actores más activos en la creación del Derecho, debe tomar insumos, en mayor o menor grado, de las corrientes jurídicas y sociojurídicas que se han extendido por el mundo jurídico de influencia continental, además de la creciente influencia de las ideas jurídicas anglosajonas. Los aportes anglosajones se materializan tanto en el plano positivo como teórico, haciéndose evidente el fenómeno de trasplantes jurídicos, teóricos y normativos, que cada vez se extienden con más fuerza en el mundo no anglosajón, pero que recibe tales influencias foráneas, especialmente estadounidenses, gracias a la globalización” (Gonzales, 2014, pp. 126-129).

Sin embargo, otra doctrina sostiene que “la función de la jurisprudencia civil (...) tiene la función de ser doctrina complementadora del ordenamiento jurídico, porque tiene la autoridad que le proporciona el órgano del que emana. Por lo tanto, sabemos que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pero tiene la función de complemento (a modo de simple interpretación; de interpretación integradora; o de labor de consagración y aplicación de los principios generales del Derecho) del ordenamiento jurídico; por lo que, consideramos que la jurisprudencia tiene una función complementaria del ordenamiento jurídico de excepcional valor” (Lodrá, recurso web).

Sumado a lo anterior, no debe perderse de vista el concepto kelseniano de fuente de Derecho que es el de “fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica”; o, en otras palabras, “la norma jurídica positiva del escalón superior que regula su producción” (Kelsen, 1978, pp. 48-55). Nada más, ni nada menos.

En suma, se aprecia que distintas son las posturas sobre si la jurisprudencia es fuente del Derecho. Es claro que en un sentido lato se la entiende como el conjunto de pronunciamientos emitidos por las cortes del país, pero también es cierto que no todas las cortes tienen el mismo nivel en cuanto a la calidad de las resoluciones que emiten.

En ese escenario, sí resulta importante tener en cuenta el concepto del precedente judicial, que, si bien forma parte del género que es la jurisprudencia, tiene otras connotaciones, como vamos a explicar a continuación.

Sin perjuicio de ello, recordemos que el objetivo de esta tesis es analizar a la jurisprudencia como herramienta para una adecuada enseñanza del Derecho.

4.2. El precedente judicial

El precedente judicial ha sido entendido como fuente del Derecho en el sistema del Derecho angloamericano. Sin embargo, lo mismo no ocurre en el sistema del *civil law*, por ser una tradición jurídica en donde la fuente por excelencia reside en la ley, y en donde incluso se cuestiona su contenido ético (Marinoni, 2017, pp. 54 y ss.).

Sin embargo, en los últimos años en Sudamérica ha tenido especial recepción para elevar esos fallos a la categoría de verdaderas fuentes del Derecho, siempre y cuando determinado tribunal, con facultades para ello, determine que las reglas que él fija constituyen precedentes de observancia obligatoria.

En el Derecho Constitucional ello ha sido común en diversas sentencias emitidas por el tribunal Constitucional, y en el ámbito del Derecho Civil ello viene ocurriendo gracias a los plenos casatorios civiles que, desde el año 2008, están fijando una serie de reglas de obligatoria observancia por todos los jueces de la república del Perú.

De manera general, puede decirse que “se planteó la redefinición del mundo jurídico que se había sido construido a la luz de los postulados del pensamiento jurídico y político propios del siglo XIX y que en gran parte quedaban caducos a la luz del nuevo constitucionalismo. Obviamente a semejante ruptura en el suelo jurídico no escaparían las fuentes del Derecho, que como se sabe, fue uno de los objetivos más importantes de la nueva teorización jurídica. Dentro de los muchos cambios que se dieron (...) se destaca la forma en la que se redefinió el sistema de fuentes del Derecho, que supuso un cambio de la omnipotencia legislativa y la sumisión de los jueces a la ley, a un modelo donde el legislador dejó de ser el todo poderoso creador de la ley, para verse obligado a ceder ante los embates de la nueva fuerza que los jueces obtuvieron en virtud de las cláusulas constitucionales, especialmente del poder cobrado por la Corte Constitucional en virtud de su potestad de control de validez material de las leyes. Este entorno constitucional permitió el nacimiento de un sistema de fuentes del Derecho que da prevalencia al precedente judicial, especialmente a la jurisprudencia constitucional que de manera jerárquica se impone al resto de los jueces. (...) El primer sustento es el concepto de “doctrina

probable”, bajo cuyo entendido constitucional se podía dar pie al respeto de un precedente vinculante; posteriormente se acudió a la cláusula constitucional o principio de igualdad, el cual permitía que la Corte hiciera extensivos los efectos de sus providencias a los casos similares que conocieran los demás jueces. Para finales de la década del noventa y principios del 2000 se podía advertir cada vez con mayor fuerza que la Corte Constitucional se inclinaba de manera decidida por el valor vinculante de la jurisprudencia y sus efectos generales y abstractos, sosteniendo que los jueces tienen el deber de acatar la *ratio decidendi* de los fallos, tanto de control como de tutela. El argumento central de este desarrollo judicial es el valor de la igualdad consagrada en la Constitución y la confianza legítima. (...) De este modo, la Corte Constitucional establece que en el sistema de fuentes vigente en la Constitución de 1991 se dispone un sistema de precedente relativo, dado que los jueces, *prima facie*, tienen el deber de respetar el precedente, y es así porque el deber no es absoluto en virtud de la autonomía judicial, siempre y cuando se esgriman suficientes razones. Esta modalidad de precedente impone a los jueces una doble carga: la carga de transparencia, que significa que es menester que el juez conozca el precedente vigente y la carga de argumentación, que es el deber de motivar suficientemente que su posición es jurídica y moralmente superior a la previamente establecida por un precedente (...) La Corte Constitucional ha instaurado mediante su jurisprudencia un sistema de precedente que respeta el valor de la ley pero que le da un carácter de fuente formal del Derecho a la jurisprudencia, y que dentro de todo el sistema normativo la jurisprudencia constitucional es la que tiene la última palabra y por tanto debe ser acatado por todos los órganos del estado, so pena de prevaricato. El precedente judicial como fuente formal del Derecho ha sido creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero reforzado y garantizado por el legislador mediante ley” (Gonzales, 2014, p. 134).

Asimismo, es importante señalar que “como se puede advertir, el camino más idóneo y expedito para lograr las exigencias de estabilidad que el mercado reclama de la economía es un sistema de precedente que unifique, controle y discipline la unidad de las decisiones de los jueces en el mayor grado posible, y solucione de esta forma la inestabilidad jurídica que trajo el siglo XX con los fenómenos referidos. El sistema de precedente judicial obligatorio se ha fortalecido ostensiblemente en lo que va corrido de este milenio, el fortalecimiento se ha caracterizado por la concentración del poder normativo del precedente en los tres órganos de cierre del sistema normativo y en último término en la Corte Constitucional. Tiene además un

tiente marcadamente jerarquizado y unificado en un solo órgano, al cual se deben someter y plegar disciplinadamente todos los demás jueces que integran el sistema judicial. Los principales titulares del poder normativo del precedente, que en muchos aspectos se iguala al poder normativo del Congreso e incluso lo supera, se encuentra en titularidad de los tres órganos judiciales de cierre, y finalmente en cabeza de la Corte Constitucional gracias a su doble función de Juez Constitucional de Control de constitucionalidad y de juez de revisión de todas las acciones de tutela de que conocen los jueces en las diferentes especialidades. De modo que ante la proliferación de leyes especiales que desconfiguran la unidad sistemática de los códigos y la proliferación de jueces activistas de posición humilde dentro de la estructura del aparato de justicia, el precedente y los órganos judiciales de cierre y especialmente la Corte Constitucional, se erigen como el nuevo epicentro de la producción normativa dentro del estado de derecho constitucional" (Gonzales, 2014, p. 137).

En el caso peruano, se tiene el artículo 44 del Código Procesal Civil, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 400.- Precedente judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad."

Sin duda, esta norma es la que da especial fuerza al concepto que sostiene que la jurisprudencia es fuente de Derecho y, si se adopta esa tesis, con mayor razón se debe idear un método para poder enseñarla en las clases universitarias.

En otra investigación (Chipana, 2018, pp. 215 y ss.), esboqué algunas ideas sobre este tema, ya que la figura del precedente judicial en materia civil ha tomado, desde el año 2008, especial importancia en todo el sistema jurídico peruano. Sin embargo, surgen una serie de dudas, ya que cuando se habla de algún Pleno Casatorio Civil (Arata, 2016, p. 12) (y de los precedentes vinculantes que nacen de ellos), se origina la pregunta relativa a si el precedente constituye una fuente de Derecho. No hablamos ya siquiera de la jurisprudencia como fuente de Derecho, sino de una norma de origen judicial que estaría creando Derecho, como ocurre en este caso.

Durante los últimos años ha sido incesante la discusión en torno a este tema (propio de la Teoría General y la Filosofía del Derecho), pues se toma como referencia el hecho de que pertenecemos al sistema del *civil law*, de tal suerte que, en estricto y en el medio en el que nos encontramos, no se podría hablar de la jurisprudencia como una verdadera fuente del Derecho, ya que en el Perú ella no es uniforme y la predictibilidad (que es uno de los elementos de fuente en el *common law*) tampoco se presenta (Arce, 2015, pp. 147 y ss.).

En ese sentido, si la jurisprudencia no podría ser fuente de Derecho en el Perú, ¿cómo es que un precedente judicial podría serlo? ¿La sola existencia del artículo 400 del Código Procesal Civil permite hablar de una verdadera fuente de Derecho representada en los precedentes judiciales? ¿Al aplicarse las reglas del precedente a distintos casos, no estaríamos hablando de una jurisprudencia uniformizada que haga predecibles las respuestas de los casos similares al resuelto por el Pleno? ¿Es constitucional (Ledesma, 2009, pp. 315 y ss.) la convocatoria, el desarrollo y el resultado de un Pleno?

Estas y muchas otras son las preguntas que surgen cuando uno quiere abordar el estudio de un precedente en particular y es que, en puridad, existen muchas situaciones en las que dichos precedentes no deberían aplicarse a un caso concreto y para ello bastará una debida motivación de parte del juez. Así, esa “vinculatoriedad”, que es característica de un precedente judicial, se vería relativizada.

En este punto queremos dejar sentada nuestra posición, en el sentido de que no compartimos la tesis de quienes sostienen la posibilidad de apartarse de un precedente de observancia obligatoria recurriendo a la aplicación de figuras jurídicas extranjeras propias del *common law*, las mismas que están representadas,

básicamente, por el *distinguishing* y el *overruling*. Decimos ello, debido a que bastará con una debida motivación plasmada en la sentencia para que el juez se aparte y no aplique dichos precedentes. De otro lado, sobre un adecuado entendimiento de una verdadera y seria técnica de importación normativa, se puede consultar, entre otros, a León (2004, pp. 285 y ss.).

En ese sentido, la idea de que la jurisprudencia debe ser entendida como fuente de Derecho en sentido formal es muy discutida en el ámbito del Derecho Civil peruano, ya que la práctica demuestra que carece de una serie de atributos que una verdadera fuente exige. Sin embargo, reconocemos que en un plano macro (esto es, dentro de todo nuestro sistema legal), la jurisprudencia como categoría de fuente de Derecho es reconocida.

Sin perjuicio de ello, esta tesis pretende demostrar que la jurisprudencia debe ser tomada en cuenta como fuente de estudio y para ello se debe tener un método, que es el que vamos a desarrollar en el siguiente y último capítulo.

CAPÍTULO 4
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL
A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

1. EL PUNTO DE PARTIDA: DOS ENCUESTAS SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA ENSEÑANZA DE JURISPRUDENCIA

Como parte del desarrollo de esta tesis, me he permitido recurrir a la tecnología para realizar una encuesta entre quienes han sido alumnos míos en los cinco años que vengo enseñando clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Así, la información sobre cómo he llevado a cabo la encuesta son las siguientes:

- La encuesta se ha realizado entre personas que forman parte de diversos grupos de Facebook y que, en su casi totalidad, han sido alumnos míos en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, en los cursos de Contratos, Responsabilidad Civil, Arbitraje y Seminario de Derecho Civil Patrimonial.
- La encuesta tiene como fecha de cierre el día 1 de diciembre de 2019 y se ha realizado sobre la base de dos interrogantes.
- Las preguntas han sido cerradas y con opción múltiple para marcar la alternativa que para el encuestado es la verdadera.
- No se ha permitido incluir comentarios.

Teniendo en cuenta estos datos, a continuación, voy a mostrar los resultados.

1.1. Sobre la importancia de la jurisprudencia en la enseñanza del Derecho Civil

En esta primera encuesta, la pregunta que se hizo fue la siguiente:

¿Cuán importante crees que es el análisis y estudio de jurisprudencia en el estudio de la carrera?

Las alternativas que se propusieron fueron las siguientes:

- i. Imprescindible.
- ii. Necesario, pero no imprescindible.
- iii. Innecesario.

Los resultados fueron los siguientes:

- *En el curso de Contratos – Parte General:*

USMP Contratos 2019-2 - Prof. Chipana Catalán

Jhoel Inicio Crea

Eventos
Fotos
Archivos
Estadísticas del grupo
Video en grupo
Moderar grupo
Calidad del grupo

Buscar en este grupo

Accesos directos
USMP Arbitraje 2019-2 ...
Jhoel Chipana Cat... 20+

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.
Administrador · 12 de noviembre a las 23:11

¿Cuán importante crees que es el análisis y estudio de jurisprudencia en el estudio de la carrera?

Imprescindible.
Agregada por ti

Necesario pero no es imprescindible.
Agregada por ti

Innecesario.
Agregada por ti

+ Agregar opción

173 personas más

+64

20+

Roger Alejos Ocaña, Odar Christi y 10 personas más

17 comentarios

General
UBICACION
FOTOS RECENTES
Se incurrirá en pena sexta parte del mayor de la mitad

- *En el curso de Responsabilidad Civil:*

USMP Responsabilidad Civil 2019-2 - Prof. Chipana Catalán

Jhoel Inicio Crear

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.
Administrador · 12 de noviembre a las 23:17

¿Cuán importante crees que es el análisis y estudio de jurisprudencia en el estudio de la carrera?
Marca una opción:

- Imprescindible. Agregada por ti 110 personas más
- Necesario pero no imprescindible. Agregada por ti +25
- Innecesario. Agregada por ti
- + Agregar opción

- *En el curso de Arbitraje:*

USMP Arbitraje 2019-2 Prof. Jhoel Chipana Catalán

Jhoel

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.
Administrador · 12 de noviembre a las 23:12

¿Cuán importante crees que es el análisis y estudio de jurisprudencia en el estudio de la carrera?

- Imprescindible. Agregada por ti +31
- Necesario pero no es imprescindible. Agregada por ti +14
- Innecesario. Agregada por ti
- + Agregar opción

- *En el curso de Seminario de Derecho Civil Patrimonial:*



Como se aprecia, han votado 744 alumnos en esta encuesta. De esta manera, la sumatoria de los resultados de estos cuatro grupos de Facebook es la siguiente:

- 359 alumnos creen que la enseñanza de jurisprudencia en un curso es imprescindible.
- 116 alumnos creen que la enseñanza de jurisprudencia en un curso es necesaria pero no imprescindible.
- 2 alumnos creen que la enseñanza de jurisprudencia en un curso es innecesaria.

Por otro lado, sobre esta misma interrogante, se ha planteado una encuesta en un foro abierto en donde participan no sólo estudiantes, sino también abogados. En total, han votado 238 personas, teniendo como resultado lo señalado en la siguiente imagen:



Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.

12 de noviembre a las 23:20 · 🌐



¿Cuán importante crees que es el análisis y estudio de jurisprudencia en el estudio de la carrera de Derecho?

Marca una opción:



Esta encuesta finalizó.

238 votos

Los resultados totales de esta primera encuesta (que incluye los grupos de los cursos que enseñó en la Universidad, así como la encuesta pública creada) me permiten concluir en lo siguiente:

- Han participado en total 982 personas.
- De todas ellas, 547 personas, esto es, casi el 60%, cree que el estudio y análisis de la jurisprudencia es imprescindible.
- Asimismo, 433 encuestados cree que el estudio y análisis de la jurisprudencia es necesario, pero no imprescindible.
- Sólo 2 personas creen que el estudio y análisis de la jurisprudencia es innecesario.

Sin embargo, como veremos en la siguiente encuesta, este resultado que muestra que los estudiantes tienen claro que el estudio y enseñanza de material jurisprudencia es, cuanto menos, necesario, no se condice con lo que en la realidad pasa, ya que los profesores simplemente no tienen entre sus materiales de enseñanza alguno relacionado al análisis jurisprudencial. Veamos.

1.2. Sobre el número de cursos en los que se enseña a analizar jurisprudencia

La segunda encuesta que he realizado tuvo por objeto que se responda a la siguiente interrogante:

¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?

Esta interrogante es fundamental, ya que si bien en la primera pregunta se apela a un aspecto subjetivo (esto es, lo que el estudiante “cree”), en esta segunda interrogante se indaga en un plano estrictamente objetivo, debido a que se cuestiona si en la realidad el encuestado ha tenido alguna experiencia en su proceso de aprendizaje que tenga como factor de estudio y análisis a la jurisprudencia. Como veremos más adelante, los resultados no fueron para nada auspiciosos.

Así las cosas, las alternativas que se propusieron marcar para responder a esta segunda pregunta fueron las siguientes:

- i. En todos mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
- ii. En 2/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
- iii. En 1/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
- iv. En ninguno de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.

De esta manera, a continuación, vamos a replicar los resultados que se emitieron en cada grupo de Facebook, en vista de que es a través de ese medio por el que la encuesta fue llevada a cabo. Cabe precisar que, en esta segunda interrogante, han participado, en promedio, la mitad de los que participaron en la primera encuesta.

Los resultados son los siguientes.

- *En el curso de Contratos – Parte General:*

USMP Contratos 2019-2 - Prof. Chipana Catalán

ANTERIORES

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.
 Administrador · 19 h

¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?

- En 1/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti +70
- En 2/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti +27
- En ningún curso citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti
- En todos mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti

- *En el curso de Responsabilidad Civil:*

USMP Responsabilidad Civil 2019-2 - Prof. Chipana Catalán

Archivos
Estadísticas del grupo
Video en grupo
Moderar grupo
Calidad del grupo

Buscar en este grupo

Accesos directos

- USMP Arbitraje 2019-2 ...
- Jhoel Chipana Cat... 20+
- Arbitration360° 9
- USMP Responsabilidad...
- Seminario de Daños 20...
- Ver más

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.
 Administrador · 19 h

¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?

- En 1/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti +89
- En 2/3 de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti +25
- En todos mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti
- En ninguno de mis cursos citaron y explicaron jurisprudencia.
 Agregada por ti

- *En el curso de Arbitraje:*

USMP Arbitraje 2019-2 Prof. Jhoel Chipana Catalán

Seminario de Daños 20...
Ver más

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta. Administrador · 19 h

¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?

- En 1/3 de mis cursos enseñaron y citaron jurisprudencia. Agregada por ti (+28)
- En 2/3 de mis mis cursos enseñaron y citaron jurisprudencia. Agregada por ti (+3)
- En todos mis cursos enseñaron y citaron jurisprudencia. Agregada por ti
- En ninguno de mis cursos enseñaron y citaron jurisprudencia. Agregada por ti

- *En el curso de Seminario de Derecho Civil Patrimonial:*

USMP Seminario de Derecho Civil 2 - 2019-2 Prof. Jhoel C...

Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta. Administrador · 19 h

¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?

- En 1/3 de mis cursos citaron y enseñaron jurisprudencia. Agregada por ti (+23)
- En 2/3 de mis cursos citaron y enseñaron jurisprudencia. Agregada por ti (+2)
- En ninguno de mis cursos citaron y enseñaron jurisprudencia. Agregada por ti
- En todos mis cursos citaron y enseñaron jurisprudencia. Agregada por ti

Como se aprecia, han votado en esta encuesta 303 alumnos. De esta manera, la sumatoria de los resultados es la siguiente:

- 222 alumnos señalan que en 1/3 de sus cursos sus profesores han enseñado la materia utilizando jurisprudencia.
- 69 alumnos señalan que en 2/3 de sus cursos sus profesores han enseñado la materia utilizando jurisprudencia.
- 5 alumnos señalan que en todos sus cursos sus profesores han enseñado la materia utilizando jurisprudencia.
- 7 alumnos señalan que en ninguno de sus cursos sus profesores han enseñado la materia utilizando jurisprudencia.

Por otro lado, sobre esta misma interrogante, se ha planteado una encuesta en un foro abierto en donde participan no sólo estudiantes, sino también abogados. Han votado 154 personas, teniendo como resultado lo señalado en la siguiente imagen:

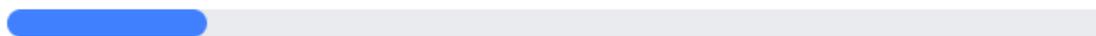


Jhoel Chipana Catalán creó una encuesta.

19 h · 🌐



¿En qué porcentaje de cursos llevados en el último ciclo académico que hayan cursado el profesor ha enseñado la materia utilizando, en algunas clases, jurisprudencia?



16% En todos los cursos



84% En la mitad de los cursos ✓

Esta encuesta finaliza en 6 días [Anular voto](#)

154 votos

Como se puede apreciar, estos resultados son preocupantes, ya que se aprecia que casi el 70% de los alumnos consideran que sólo 1/3 de sus cursos tienen como ingrediente de estudio a la jurisprudencia, es decir, si se tiene en cuenta que en promedio un alumno lleva seis cursos por ciclo académico, se aprecia que en sólo dos de ellos el profesor recurre al estudio y análisis de jurisprudencia, lo cual, sin duda alguna, va a traer consigo graves problemas en la formación del estudiante, pues se está direccionando su aprendizaje al estudio de la ley o la doctrina, según sea el caso.

En razón a ello es que vamos a proponer un método para que la enseñanza de la jurisprudencia sea llevada de la mejor forma y el proceso de aprendizaje del alumno sea más óptimo.

2. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

Es aceptado que existe una falta de balance en el contenido que debe tener una clase de Derecho Civil. O es que estamos ante un método en el que prima la dogmática, o ante uno que pone énfasis en la práctica. No existe pues un intento de buscar un balance que pueda conciliar ambos métodos.

De hecho, ello dependerá en gran medida del mismo profesor, y es que, si estamos ante un profesor que es, en realidad, litigante, probablemente la carga en el desarrollo del curso la pondrá en el ámbito práctico. A su turno, si el docente es investigador o académico, el contenido de su clase será eminentemente dogmático.

Ante esta realidad, se ha señalado que “no se proporciona a los estudiantes una sólida formación intelectual para comprender a fondo, investigar y criticar el fenómeno jurídico en su dimensión social, histórica, filosófica y política; pero tampoco se les muestra el funcionamiento real del Derecho en la práctica cotidiana, ni se les capacita profesionalmente para esa práctica. Hay un divorcio en la enseñanza del Derecho respecto de concepciones tanto más abstractas como más concretas. Ni la teorización global ni el funcionamiento real del sistema jurídico o de la práctica de los juristas encaja dentro de esta concepción limitada. La enseñanza ignora o denigra la formación en las capacidades intelectuales e interpersonales necesarias para estudiar y practicar Derecho satisfactoriamente; y opera partiendo del presupuesto de que la enseñanza de la práctica del Derecho debe tener lugar en la práctica del Derecho precisamente porque opera con una noción estrecha de

práctica jurídica (papeleo), sin asumir que es perfectamente posible, y necesaria, una formación práctica en el buen sentido (argumentación) proporcionada desde la Facultad” (Pérez, 2006, p. 141).

Sin embargo, este divorcio en el contenido de la enseñanza tiene una directa relación con las diversas escuelas jurídicas que existen.

Así, de manera tradicional se considera al ius naturalismo y al ius positivismo como corrientes antagónicas, tal situación se identifica como una limitante para su estudio, pues consideramos un poco reduccionistas las conclusiones que produce esta afirmación. Para poder desentrañar ambas corrientes, se propone que desde el ejercicio docente se debe provocar la reflexión, el desarrollo de la habilidad argumentativa y la práctica dialéctica; esto nos enfrenta a tres grandes retos:

- El primero, relativo al proceso de reflexión, el cual lo podemos describir como el proceso mediante el cual se logra interiorizar un conocimiento, una experiencia, una idea y que desde el individualismo nos desdoblamos hacia el interior, para posteriormente buscar las conexiones con el exterior. Sin embargo, hoy día esta es una actividad que la vida moderna ha ido relegando de las actividades cotidianas y se le busca desesperadamente sustituir por procesos catalizadores que permitan acelerar el pensamiento, para obtener resultados netamente prácticos, y en la medida de lo posible inmediatos.
- El segundo, relacionado con la habilidad argumentativa, que consiste en dar orden a las ideas, estructura al pensamiento y garantizar un nivel discursivo de racionalidad en el ejercicio académico, preparando al estudiante para el ámbito profesional. La habilidad argumentativa es esencial en la formación de los juristas y hoy día una tarea insoslayable en el quehacer educativo, sea el nivel que sea, y que se encuentra fuera del currículo de varios programas de estudio.
- El tercero, es el relativo a la práctica dialéctica, entendida esta como el método que dentro de la teoría del conocimiento permite integrar y estructurar en una totalidad completa el proceso cognoscitivo. Pues no podemos continuar desde las aulas dando cátedras magistrales, como si en el exterior no pasara nada y no fuera el Derecho un sistema dinámico. Y asumiendo que las y los alumnos son acríticos.

Sin perjuicio de esta anotación, que resulta fundamental para entender por qué es que existe una preponderancia en la enseñanza del Derecho en analizar únicamente las normas (positivismo puro), es claro que el flujo de información en todo este proceso es fundamental. Esa información no sólo está direccionada a la ley o la doctrina según sea el caso, sino que particular importancia merece el flujo de información que recae en la jurisprudencia, ya que es claro que no todas las sentencias deben ser objeto de estudio.

En efecto, este flujo de información va a traer consigo otros temas como la capacidad crítica del alumno.

En ese entender, se ha señalado con razón que “la libre investigación y su control entre pares va a permitir que el flujo de la información sea dinámico, comprometido y que sean las y los propios estudiantes quienes durante el proceso se comiencen a cuestionar sobre los aciertos y fallos de cada uno de estos postulados. Pues sólo a través de un pensamiento reflexivo las y los estudiantes identifican fortalezas y debilidades de las corrientes en análisis y dejan de pensar en que una es el error de la otra. Esto es, del análisis e investigación de cada una de ellas, se espera que las y los estudiantes sean capaces de identificar los elementos históricos que influyeron en su configuración, así como sus diferentes metodologías y ópticas que ofrecen de la dimensión jurídica y que las componen. Posteriormente, estos elementos les deben permitir ser capaces de construir argumentos para confrontar a sus adversarios, toda vez que se presume que conocen ambos lados y que esto les permitirá la construcción en un lenguaje claro y racional la defensa de la postura que les toque desarrollar. Finalmente, se busca que, si bien algunos de los participantes tienen una postura inicial de partida, al final del ejercicio se empiezan a preguntar si realmente su postura es infalible o la más acertada para enfrentar los retos jurídicos actuales o si deben ser eclécticos o bien, buscar nuevos horizontes teóricos que les den respuestas a montones de preguntas que quedarán en el aire y que les prepara para aventajar en el curso y otear alternativas (Viveros, 2017, pp. 285 y ss.).

Sin embargo, hoy el Derecho Civil se enseña de manera estática, y sin perjuicio de que reconocemos que estamos ante un proceso lento de cambio de paradigma, es evidente que aún no podemos superar la vieja escuela de la enseñanza a través de las clases magistrales.

La realidad demuestra que el Derecho Civil posee una importancia gravitante en todo el Derecho en general, de ahí que su enseñanza deba tener especial cuidado.

Así, en resumen, si se quiere dar un diagnóstico de cómo se enseña hoy en Derecho Civil en el Perú, podríamos dar las siguientes conclusiones:

- Existe predominancia en el uso de las clases magistrales.
- El elemento fundamental de estudio es la norma jurídica.
- En algunos casos se recurre a la dogmática como objeto de análisis.
- Es tímido el incentivo para que los alumnos participen en la clase.
- El uso de tecnologías de enseñanza es casi nulo.
- Aún no existe una tendencia para enseñar algunos temas con base en la jurisprudencia.
- Los debates no son comunes, aunque existen programas que los impulsan.
- La relación del profesor con el estudiante tiende a ser vertical.
- No existen espacios de diálogo fuera de los salones de clase.
- No existe un enfoque de enseñanza basado en competencias ni en habilidades.
- No hay un direccionamiento a la investigación de manera clara ni directa.
- No existen suficientes incentivos en el alumno para que estudie la materia fuera del salón de clases.
- Un importante número de profesores tienen en la enseñanza a una actividad secundaria y, por ser tal, no le dedican el tiempo necesario.

Como se aprecia, existen puntos muy importantes que se deben tener en cuenta y enfocar para trabajar en ellos. Claramente, este es un tema en el que todos deben poner el hombro, no sólo profesores, sino también alumnos y el personal relacionado directamente a la universidad.

3. IMPORTANCIA DEL TEMA

La importancia de la enseñanza del Derecho Civil está determinada por la importancia misma que posee esta rama del Derecho, la cual es, a todas luces innegable. Se ha dicho que después de la Constitución, el Código Civil es el cuerpo normativo y la rama del Derecho más importante. De hecho, en algunos países se dice que el Código es incluso más importante que la propia Constitución, ya que aquél precede históricamente a ésta.

Sin embargo, esta importancia, determinada no sólo por su propio contenido, sino también por toda la carga histórica y des desarrollo y evolución que ha tenido esta ciencia, ha sufrido cambios en todo esto proceso.

Por ello, con razón se ha señalado que “el contenido del Derecho Civil puede ser radicalmente diferente en cada época; y serán los juristas de cada tiempo quienes, siguiendo la línea marcada por las circunstancias, determinen aquello que queda, aquello que sale y aquello que se introduce dentro del Derecho Civil. Sin embargo, seguimos llamando a ello Derecho Civil a pesar de los cambios, porque las novedades aparecen dentro de un campo de emergencia cuya filiación puede ser remontada como los eslabones de una cadena; este campo conceptual es el que forma a los juristas que desarrollan las novedades y es frente a él que tales juristas tienen que tomar posición” (De Trazegnies, 2018, pp. 78 y 79).

En efecto, el Derecho Civil sufre, hoy, profundos cambios, debido, entre otros factores, a la tecnología. Especial mención exige la regulación de la contratación por medios digitales y si es que nuestro Código Civil ha podido soportar este cambio. Ante todos estos cambios, surgen diversas interrogantes: ¿es necesario modificar el Código Civil? ¿Hasta dónde alcanza la responsabilidad de los proveedores en la contratación contemporánea? ¿Las cláusulas vejatorias son más comunes en compras por internet? ¿Cómo responde el Derecho internacional privado a los conflictos que se originan con las transnacionales? ¿Los registros públicos van a tener un funcionamiento distinto debido a la tecnología? ¿La inteligencia artificial

puede reemplazar la manifestación de voluntad? Muchas otras interrogantes se pueden plantear en el marco de esta discusión jurídico-tecnológica.

Sin embargo, esta importancia y su directa relación con los constantes cambios tecnológicos que vivimos, no debe estar divorciada del aspecto social. En efecto, la reforma de la enseñanza (que tiene como uno de sus elementos el que se entienda, de una buena vez, que la jurisprudencia debe formar parte obligatoria del contenido de enseñanza) debe entender que “desde un punto de vista substancial, debe asumir que no puede dejarse de lado las profundas asimetrías que configuran el tejido institucional del país (desigualdad y exclusión), pues esa textura será la base en la cual opera el proceso de globalización. Y en esa dirección, debe orientar sus esfuerzos a poner en evidencia la necesidad de superar los enormes contrastes en el ámbito del ejercicio de los derechos. (...) La reforma de la enseñanza debe enfrentar este problema y para ello debe asumir que el proceso de ajuste de las realidades locales, debido a las demandas de la globalización, puede generar consecuencias sociales de diverso alcance, incluyendo la posibilidad de que se acrecienten las diferencias estructurales y con ello los principios que fundamentan el orden constitucional se vean seriamente dañados” (Gonzales, 2008, p. 200).

Con todo, la enseñanza del Derecho Civil va a determinar la forma en cómo un estudiante va poder afrontar el estudio de otras ramas del Derecho, ya que los conceptos impartidos en el estudio del Derecho Civil son transversales a todas las ramas del Derecho. Por ejemplo, en materia de Derecho tributario, la obligación tributaria es estudiada con el concepto mismo de obligación que se imparte en Derecho Civil. Los contratos de hidrocarburos son, en buena cuenta, contratos que se estudian en las clases de Derecho Civil. Los actos que se van a poder inscribir en el registro requieren un conocimiento previo del Derecho Civil. Materias como la prescripción y la caducidad en todas las ramas del Derecho tienen que ser analizadas a la luz del Código Civil.

En ese orden de ideas, nadie puede negar que la importancia del Derecho Civil se mantiene vigente y, por ende, importante también es tener un adecuado estudio de dicha materia. Para tales efectos, no sólo es necesario conocer la norma sino también la doctrina y la jurisprudencia, y es este último elemento el que queremos potenciar con esta tesis.

En todo el análisis de los métodos de enseñanza, se ha indicado que “el rendimiento académico es el resultado obtenido del nivel de ejecución de manifiesto (aprendizaje), en relación con el nivel de ejecución esperado (conducta), acorde con los objetivos planificados previamente y con el desarrollo de una metodología coherente a la naturaleza de cada asignatura o cátedra (Huerta, 2007, p. 18).

De esta manera, el método no sólo importa y tiene como fin último que el alumno aprenda la materia dictada, sino que ese aprendizaje se vea reflejado en algo objetivo que podría ser una calificación. De esta manera, “el rendimiento se expresa en una calificación, cualitativa y cuantitativa, una nota que si es consistente y válida será el reflejo de un determinado logro de aprendizaje o del logro de unos objetivos preestablecidos (Touron, 1984, p. 24).

Asimismo, este método dirigido y enfocado en la jurisprudencia, pone énfasis en el desarrollo del espíritu crítico del alumno, ya que no sólo se va a aprender los conceptos encontrados en el caso, sino que también se insta a criticarlos. En efecto, “los estudiantes deben estar preparados para emitir una opinión sobre si la decisión es correcta, y ofrecer razones para defender su postura; durante la discusión el profesor y los demás compañeros desafían al estudiante, presentándole contraargumentos que éste debe sopesar y criticar para seguir defendiendo su postura o para cambiarla. Incluso a veces el profesor plantea inicialmente al estudio de los casos adoptando el punto de vista de un juez que debe tomar una decisión careciendo de reglas o de precedentes judiciales aplicables a ese caso” (Pérez, 2006, p. 108).

Con todo, si se quiere resumir los aportes que buscamos con la tesis que planteamos, podemos decir que:

- Con un adecuado estudio y análisis de jurisprudencia, se promueve la reflexión crítica, fáctica y subjetiva de determinado caso concreto que, en últimas, puede reflejar una realidad común.
- Se pone énfasis en el desarrollo intelectual y cognitivo de los estudiantes, pues son ellos quienes tienen el verdadero protagonismo en este método.
- Permite un diálogo entre profesor y alumno, ya que se pueden confrontar opiniones, lo cual va a generar una pluralidad de opiniones valiosa. Así, se

puede señalar que “esto conduce a una formación relacional, en la que se exalta la subjetividad y la autonomía, pero a la vez se promueve el reconocimiento de los matices producidos en la interacción” (Forero-Medina , 2018, p. 77).

- Se reconoce diferencias y se promueve un respeto por la opinión distinta. Ello trae consigo la importancia de entender el contenido de la tolerancia entre los miembros de la comunidad universitaria.
- Se tiene una fuente de análisis inagotable, pues la jurisprudencia que se emite mantiene actualizado el Derecho, volviendo el escenario en algo dinámico y no estático, como es la propia norma.
- Permite una actualización con las discusiones más recientes en distintas materias, pues la realidad siempre sobrepasa el contenido de una norma legal.
- La clase es más activa y dinámica.
- Existen más incentivos para que el alumno genere sus propios métodos de búsqueda de información, pues tiene trabajar en conseguir data para analizar, criticar y resolver el caso. Con ello se deja de lado, en parte, la tarea del profesor de ser quien debe aportar todo el conocimiento.
- Permite una retroalimentación directa de los conceptos que el alumno maneja y cuyo contenido se irá nutriendo de los comentarios que el profesor realice.

Como se observa, la idea que proponemos, basada en que resulta fundamental tener un método para enseñar cómo se analiza la jurisprudencia, va a traer una serie de beneficios a los estudiantes y les va a permitir no sólo conocer la materia, sino también desarrollar una serie de habilidades interpersonales que, sin duda alguna, serán fundamentales para su futuro desarrollo y desempeño profesional. Con ello se eleva el estándar de enseñanza-aprendizaje, pues el estudiante va a tener sólidos conocimientos no sólo de la norma legal ni de la doctrina que la alimenta, sino también de la jurisprudencia.

4. MÉTODO (DIRIGIDO AL PROFESOR) PARA ELEGIR LA JURISPRUDENCIA QUE SE VA A ANALIZAR

A continuación, vamos a esquematizar lo que consideramos podría ser un método eficiente para que el profesor pueda utilizar material jurisprudencial para enseñar la materia que tiene a su cargo. Así, se tiene que:

- Lo primero que se debe tener claro es que el profesor debe tener en cuenta que la enseñanza se nutre de una serie de insumos, todos ellos importantes, y que debe tratar de buscar un balance.
- Al profesor debe escoger el tema que quiere enfocar y enseñar. Aquí se debe diferenciar los temas generales de los específicos. Asimismo, se debe diferenciar los temas que son debatibles y en los que no hay consenso, de aquéllos que tienen un entendimiento general aceptado.
- La buena jurisprudencia exige, entre otras cosas, lo siguiente: representar los asuntos y factores típicos del problema que se desea examinar; contener un marco teórico necesario y relacionado al caso; tener en cuenta principios generales que soportarán los argumentos contenidos en normas especiales; fijar con claridad el asunto litigioso; la claridad del lenguaje utilizado deberá ser palpable a efectos de que el estudiante entienda bien el caso; debe genera dilemas y enfrentar al alumno a la posibilidad de que no sólo exista una única respuesta.
- Una vez que se identifique el tema que se quiere enseñar, se debe iniciar un proceso de indagación a través de los diversos métodos y mecanismos que hoy se poseen. A tales efectos, se puede recurrir a los diversos buscadores de jurisprudencia que existen, revisar el Diario Oficial “El Peruano” (en donde se publican periódicamente sentencias casatorias sobre todas las ramas del Derecho), visitar portales web, buscar en la página web del Poder Judicial, entre otros.
- En este punto, es importante resaltar el sentido crítico y creativo del profesor en la búsqueda de la pieza jurisprudencial que se elegirá, ya que existirán sentencias de todo tipo y de lo que se trata es de elegir aquélla que posea

mayor calidad en forma y contenido para explicar con mayor holgura los distintos temas que se van a enseñar.

- Asimismo, en esa búsqueda el profesor deberá tener en cuenta las cualidades de sus estudiantes, a efectos de direccionar la enseñanza a sus puntos débiles, ya sea en relación al contenido de lo que constituye difícil aprender o cuanto a la forma en que los alumnos podrán plantear y defender su caso. De esta manera, se podrá lograr ciertos comportamiento y actitudes que le servirán al futuro abogado.
- Una vez identificada la pieza jurisprudencial, se entregará una copia de la misma a los alumnos, a efectos de que estos la estudian, revisen, critiquen, reformulen o planteen modificaciones a su contenido. Esta es la otra cara de la moneda, pues si bien el primer paso es elegir bien la sentencia a analizar, el segundo paso será el análisis que los propios estudiantes tendrán que realizar. En este punto, el profesor puede formar grupos o indicar que el trabajo será individual. Sin perjuicio de ello, es recomendable un trabajo en grupo para que la retroalimentación sea no sólo profesor-alumno, sino también alumno-alumno.
- Junto con la entrega de la pieza jurisprudencial, el profesor deberá entregar una guía de trabajo en donde se consignen las indicaciones, el tiempo, así como las tareas a resolver teniendo como base la sentencia entregada.
- Asimismo, resulta fundamental que el profesor pueda diseñar un sistema de evaluación que puede residir en distintas pruebas. Por ejemplo, se puede plantear preguntas cerradas al final de la sentencia que se analiza, o también pueden plantearse preguntas abiertas para que los alumnos desarrollen y expliquen su posición sobre determinado asunto. Asimismo, se puede pensar en la posibilidad de que el grupo o el alumno exponga el caso y su punto de vista sobre él. De la misma manera, se puede pedir al alumno que realice un trabajo más elaborado y lo envíe dentro de un plazo determinado. Finalmente, se puede plantear un debate entre grupos sobre el contenido de determinada sentencia, en donde cada uno asuma la posición contraria al otro y defienda sus argumentos.

- Es importante que el profesor promueva “hábitos de estudio adecuados a la profesión de sus estudiantes” (Llano, 2012, p. 36) en vista de la especialidad a la que se dirigen. Asimismo, el profesor debe conocer la forma en que el grupo abordó el caso, cómo es que las tareas fueron divididas, cuáles fueron los puntos de vista de los integrantes del grupo, cuáles fueron las conclusiones y si es que hubo o no consenso para llegar a ellas, cómo se decidió la respuesta final, entre otros.
- Por otro lado, el profesor tendrá que emitir sus conclusiones sobre el contenido del caso analizado, de manera que se genere una retroalimentación entre él y sus alumnos, ya que es claro que éstos van a tener una serie de interrogantes que, por las limitaciones conceptuales que un estudiante podría tener, no quedan esclarecidas y que exigen una respuesta.
- Asimismo, el profesor tendrá que realizar un balance y un análisis de las respuestas que sus alumnos otorgaron en el análisis casuístico. Ello permitirá marcar un camino en donde se identifiquen los puntos débiles de los estudiantes a efectos de que se pueda trabajar en mejorarlos.
- Los profesores podrían invitar a sus sesiones a otros profesores para que puedan conversar sobre el caso con los alumnos, y lograr un intercambio fructífero de opiniones. De hecho, en este punto cobra importancia en los últimos años las cátedras compartidas, en donde los profesores no son sólo abogados, sino que también puede ser profesionales de otras carreras, ya que con ello se logra una multidisciplinariedad valiosa para el aprendizaje de los estudiantes. En el caso del Derecho Civil, se podría invitar a jueces (incluso al juez ponente de la sentencia objeto de análisis), o a profesores de otras materias, como por ejemplo penalistas, cuando se trate de analizar reparaciones civiles.

Téngase en cuenta que el método que se propone tiene su eje en piezas jurisprudenciales y no en la norma.

Así, con lo indicado, se puede vencer el clásico método de enseñanza. En este punto es importante recordar las reflexiones vertidas por Forero-Medina, quien señala que “las cátedras magistrales se ajustan al modelo iuspositivo: plantean la

relación entre el docente y el estudiante como una subordinación o relación vertical. El profesor posee el conocimiento que el discente aún no está preparado para interpretar o cuestionar: solo debe retener la información y consignarla en su memoria frente a la contingencia correctiva del examen. De esta forma los objetos de estudio del Derecho, en este caso las normas y los procedimientos, se convierten en cosas que son aprehensibles pragmáticamente, sin revisar su complejidad. Esto da origen a una práctica positivista (...). Los docentes que se ajustan a esta forma de enseñanza, difícilmente modifican su discurso, que se convierte más bien en una repetición semestral de los mismos conceptos e ideas detenidos en el tiempo. Así, su labor se asemeja a la del dictador en dos sentidos: i) en la relación de poder vertical respecto al estudiante y ii) en que sus clases se convierten en dictados para que los aprendices apunten rápidamente lo que recita” (Forero, 2018, p. 99).

Lo interesante de toda esta propuesta es que el docente no va a repetir lo mismo durante todos los ciclos que tenga que enseñar, debido a que la emisión de jurisprudencia siempre lo va a tener al día en las últimas tendencias jurídicas.

En ese sentido, resulta importante recordar que “la producción jurisprudencial, incluidas la de las Cortes internacionales, se ha extendido al resto de los ordenamientos jurídicos, sin embargo, aun cuando la jurisprudencia es complementaria al ordenamiento jurídico, no ha sido posible instalar en América Latina el valor que en las corrientes anglosajonas se le asigna como fuente del Derecho. Se agrega a lo anterior, evidencia acerca de que se pierde la oportunidad para reivindicar el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho cuando sus casos se usan para constatar explicaciones teóricas en vez de generarlas. A partir de aquello es que se identifica y define que hay aspectos de contenido metodológico que deben considerarse como importantes para determinar los criterios de análisis a considerar en la investigación de casos”.

Con todo, si es que el docente cumple con estas ideas al momento de elegir la sentencia, durante el análisis con sus alumnos, y luego en la etapa de revisión-evaluación, creemos que el método dará muy buenos resultados y permitirá que alumno desarrolle un conjunto de habilidades que el método de la clase magistral no permite descubrir. De ahí la importancia, en un plano sustancial, pero también formal, de instaurar de manera obligatoria la enseñanza de la jurisprudencia en las aulas de Derecho.

5. MÉTODO (DIRIGIDO AL ESTUDIANTE) PARA UN ADECUADO ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA CIVIL

Los alumnos, a su turno, podrían tener en cuenta las siguientes indicaciones, a efectos de sacar el máximo provecho con el presente método de estudio. Así, sugiero lo siguiente:

- Es importante que el alumno tenga una base conceptual básica del tema que se va a analizar, es decir, el alumno no tiene que ir sin ningún conocimiento previo a clase. A estos efectos, resultará de gran ayuda que el profesor prepare al estudiante con algún material de aprendizaje previo.
- Una vez se tenga la jurisprudencia en frente, se deberá partir por identificar los hechos del caso y separarlos de aquellos extremos que contienen un razonamiento o análisis del juez. Ello permitirá que el estudiante fije posición en torno a los hechos y no se deje engañar por aparentes razonamientos jurídicos que podrían contaminar su propio juicio. En este punto resulta importante tener en cuenta que, para efectos didácticos, el profesor puede modificar (agregar o eliminar) algunos hechos o razonamientos del caso, a efectos de lograr un análisis más detallado o direccionar el estudio del caso a determinadas materias.
- El alumno deberá tener claro que es importante describir la situación problemática de manera concreta, identificando los hechos que resultan relevantes y dejando de lado aquéllos que no lo son.
- Con base en lo anterior, se debe esclarecer qué interés existe en el estudio del problema, a efectos de enfocar el análisis a él.
- Luego de que cada alumno haya revisado el contenido del caso, deberá resolver las interrogantes planteadas por el profesor y otorgar algunas respuestas posibles o hipotéticas. En este punto es fundamental el manejo de las distintas variables que pueden dirigir al alumno a respuestas diferentes, de ahí que sea imprescindible identificar bien el problema del caso contenido en la sentencia objeto de estudio y análisis.

- El trabajo para responder las interrogantes y, en general, para analizar el caso, puede ser individual o grupal. Sin embargo, de la experiencia que poseo como profesor, puedo señalar que el trabajo grupal es más enriquecedor, porque ello permite que los estudiantes puedan intercambiar puntos de vista y enriquecer sus conocimientos con los aportes de los otros miembros del grupo.
- Es importante que el alumno redacte y, si es posible, exponga los resultados del análisis que se ha realizado.
- Será muy fructífero que se intercambien opiniones entre los alumnos y el profesor, así como entre los propios alumnos, debido a que en esa retroalimentación los estudiantes podrán fijar conocimientos de manera más concreta y con una pluralidad de opiniones que verán robustecidos su aprendizaje.
- Asimismo, el estudiante deberá procurar tener una retroalimentación de lo aprendido fuera del horario de clase. Para tales efectos, la tecnología puede ayudar mucho, ya que se pueden crear foros virtuales en donde se planteen preguntas y los alumnos pueda responderlas.
- Por otro lado, y a efectos de fomentar la investigación y la elaboración de trabajos, los alumnos pueden redactar un trabajo en donde comenten la sentencia objeto de estudio y planteen la posición que como grupo han asumido (si el trabajo es individual también se debería optar por impulsar esto). Aquí resulta importante resaltar que con este trabajo el estudiante afianzará sus capacidades de redacción e investigación.

Lo fundamental en todo este proceso es la participación activa del alumno en el análisis y resolución del caso planteado. Sin ella nada será posible y los resultados no serán los esperados.

Sin embargo, es claro que la guía del profesor debe acompañar al estudiante en todo este proceso, pues las interrogantes que se van a plantear en todo este camino serán incesantes y el maestro deberá muy atento a dichas inquietudes para seguir alimentándolas.

6. LOS RESULTADOS Y BENEFICIOS DE ESTE MÉTODO

Debemos partir de la premisa de que el salón es el escenario ideal para que el alumno aprenda y dilucide todas las dudas que pueda poseer sobre la materia enseñada.

Asimismo, es claro que los estudiantes deberán tener cierto grado de motivación para que el ejercicio tenga resultados, pero también es evidente que esa motivación parte, en gran medida, en cómo el profesor lleva adelante su curso.

Un aspecto fundamental está referido a las dudas que puedan tener los estudiantes, y ese es un momento fundamental para que el profesor pueda incentivar, a través de algunos comentarios o preguntas, el ánimo en sus alumnos de llegar a una respuesta óptima.

Asimismo, las respuestas que los estudiantes van a otorgar, permitirán medir al profesor el grado de concentración que éstos poseen y si es que prestan atención no solo a lo ya aprendido en clase, sino también el caso objeto de estudio. Además de que, por consiguiente, saber si es que los alumnos tienen la capacidad de plasmar en un caso real lo que ya se ha enseñado en el salón a través de conceptos.

En ese orden de ideas, los beneficios de esta propuesta se pueden resumir en las siguientes ideas:

- El alumno resuelve los problemas jurídicos planteados, analizando y redactando su respuesta en términos legales.
- No sólo se trata de un método que pone énfasis en el ámbito cognitivo, sino que también se permite al alumno desarrollar otras habilidades como la redacción, el debate o la exposición del caso frente a un auditorio.
- Asimismo, es claro que se “permite a los alumnos de la carrera de abogacía interiorizarse en situaciones concretas a partir de documentos y su posterior análisis o estrategias de trabajo que incluyen, dentro de sus opciones, la redacción forense con distintos grados de complejidad, permitiendo una visión más amplia y, al mismo tiempo, detallada de cualquier tema, junto con

la percepción de trabajar con un Derecho en aplicación que trasciende la mera utilización de un fallo” (Godio, 2016, p. 54).

- Se potencia el diálogo entre el profesor y el alumno, así como el que debería existir entre los propios alumnos.
- Es propicio para autoevaluarse de manera crítica, no sólo en relación a los argumentos que cada uno plantea y expone, sino también en relación a los argumentos de los otros estudiantes e, incluso, del propio profesor, quien siempre debe mostrar apertura para responder y comentar las intervenciones de sus estudiantes.
- Se potencia la capacidad de análisis y síntesis, así como las habilidades de comunicación oral y escrita, el trabajo en equipo, el razonamiento analítico y crítico, el aprendizaje guiado por el profesor que es, en parte, un aprendizaje autónomo, se promueve la capacidad de identificar y aplicar al caso las diversas figuras jurídicas aprendidas a lo largo de toda la carrera, así como la capacidad de aplicar al caso la norma y doctrina especializada.
- El estudio de la jurisprudencia afianza también el conocimiento preexistente que debe existir de la norma aplicable al caso y, de manera deseable, los conocimientos adquiridos a través de la lectura de doctrina especializada. Se trata, en suma, de comentar y resolver un caso real teniendo como presupuestos a la ley y a la doctrina.
- En los casos en los que el profesor cuente con asistentes, es recomendable que éstos hagan un seguimiento post análisis a los grupos que se crearon para el ejercicio, a efectos de continuar con la retroalimentación que se inició en el salón. Aquí cobra mucha importancia algunas sesiones prácticas que pueden ser dictadas por los propios asistentes, bajo la tutoría, siempre, del profesor del curso.
- Este método es aplicable a todas las ramas del Derecho Civil, pues existe abundante jurisprudencia sistematizada sobre cada una de estas figuras. Esto trae consigo un beneficio directo, que es compartido tanto por el profesor como por los estudiantes, ya que todos ellos se podrán mantener al

tanto de cómo las cortes de justicia del país están entendiendo y aplicando las leyes.

Como se aprecia, los beneficios de utilizar este método son diversos. Sin embargo, dependerá mucho del profesor y los alumnos que esto sea así.

Con todo, debemos señalar que se debe buscar un balance entre los distintos componentes que debe tener la enseñanza de un curso. La ley, la doctrina y la jurisprudencia son fuentes de conocimiento y se debe dosificar su explicación en todos los cursos de Derecho Civil. Si uno de estos componentes falta, el aprendizaje del Derecho Civil no podrá ser óptimo.

En ese sentido, con esta tesis hemos querido otorgar un método y algunas consideraciones para que se pueda enseñar la materia recurriendo a jurisprudencia, pero es claro que no sólo se deberá enseñar ella, sino que, como ya se indicó, la enseñanza-aprendizaje deberá estar alimentada por otros elementos que el Derecho provee.

CONCLUSIONES

Luego del análisis y comentarios planteados en esta tesis, podemos arribar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El método de enseñanza universitaria varía de acuerdo a la carrera profesional que se estudia. Es imposible concebir un método universal de enseñanza universitaria. Esta misma lógica se aplica, aunque con diversos matices, a la enseñanza del Derecho, pues es evidente que no todas las ramas del Derecho se deben enseñar de igual forma, de ahí que se tenga que entender que los métodos van a variar de rama en rama.
2. El Derecho es un fenómeno complejo y el proceso de codificación del siglo XIX y XX hoy se ve relativizado, pues estamos en una etapa de descodificación, en donde se emiten normas especializadas y se está ante un boom de dación normativa que atomiza los Códigos. Esa producción normativa no sólo recae en sus productores legítimos (Poder Legislativo), sino que también nos encontramos ante precedentes que sin ser normas tienen fuerza vinculante y emanan, por ejemplo, del Poder Judicial.
3. El concepto de fuentes de Derecho ha ido mutando. Pese al debate que existe en torno a si en el sistema del *civil law* se entiende que la jurisprudencia es fuente de Derecho, se debe reconocer que constituye un componente importante dentro del sistema de administración de justicia. Al mismo tiempo, no se debe dejar de señalar que la jurisprudencia es también fuente de conocimiento, sobre todo en el ámbito del Derecho Civil, y es esa afirmación la que se ha desarrollado en esta investigación.
4. La figura de los precedentes de observancia obligatoria es un trasplante legal del *common law* que ha tenido relativo éxito en Sudamérica. En el caso peruano, no se puede desconocer las normas que lo regulan, pero tampoco se puede dejar de lado que todos los jueces pueden sustraerse de aplicar dichos precedentes con una adecuada y debida motivación. Esta particularidad no puede ocurrir con la aplicación de la ley, ya que los jueces se deben a la Constitución y al respeto y aplicación irrestricta de la ley.

5. El Derecho sufre cambios constantes y sus métodos de enseñanza deben ajustarse a dicho proceso. Así, se concluye en que no es que los métodos clásicos de enseñanza deban desaparecer, sino que se deben ver complementados por otras formas de enseñanza que sirvan para lograr el objetivo deseado, que es un verdadero aprendizaje por parte de los estudiantes.
6. La enseñanza del Derecho Civil debe encontrarse alimentada no sólo por la ley, sino también por la jurisprudencia y la doctrina. Resulta importante poner de manifiesto la importancia de la jurisprudencia, pues ella es el barómetro que permite tener un acercamiento real y dinámico de cómo los jueces de la República aplican las normas a casos concretos.
7. El trabajo de campo realizado, a través de encuestas virtuales, permite concluir que la mayoría de cursos dictados en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres no tiene como elemento principal la enseñanza de jurisprudencia. En efecto, se han realizado dos encuestas en las que han participado casi mil personas. El resultado de ellas es que para 2/3 de los encuestados el estudio de la jurisprudencia es necesario, sin embargo, ese mismo porcentaje de encuestados sostiene que sólo en 1/3 de sus cursos el profesor ha utilizado jurisprudencia para enseñar determinadas figuras jurídicas. Esto nos lleva a concluir que el uso de material jurisprudencial en la enseñanza del Derecho es mínimo.
8. El método propuesto tiene como objetivo poner de manifiesto la idea de que la enseñanza del Derecho Civil a través del estudio y análisis de piezas jurisprudenciales resulta esencial para un adecuado entendimiento de la materia.
9. Se ha diseñado un método de enseñanza y estudio de la jurisprudencia dirigido al profesor y al estudiante que pone de manifiesto los componentes que las piezas jurisprudenciales poseen y cómo debería ser el camino que el alumno debe seguir (con la guía del profesor) para abordar, analizar y emitir conclusiones sobre el contenido de dicha fuente de conocimiento legal.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere difundir la idea (que debería ser un presupuesto de la enseñanza legal propiamente dicha) que la importancia de la enseñanza del Derecho Civil a través de la jurisprudencia es necesaria, ya que no sólo se debe analizar la ley que, de por sí, tiene un contenido estático, sino que también se debe procurar el estudio de la jurisprudencia porque ella representa el avance actual, vigente y dinámico de cómo los jueces entienden y aplican las normas a casos concretos
2. La enseñanza del Derecho únicamente a través de la ley no permite crear consciencia crítica en los estudiantes. En ese sentido, es recomendable que los profesores de Derecho impulsen un sentido analítico que permita cuestionar las diversas figuras que determinada rama del Derecho posee. El estudio de la jurisprudencia es oportuno para desarrollar esa habilidad, pues en el país existen muchos casos en donde no se aplica de manera adecuada la norma legal y ello sólo puede apreciarse cuando se tiene en frente una sentencia de un caso concreto.
3. En un plano formal se debe procurar un equilibrio en donde tanto profesores como alumnos sean partícipes del aprendizaje, y, en un plano de fondo, se debe tratar de buscar un balance en el contenido de lo que se enseña y se analiza. Dicho contenido debe estar compuesto por el análisis y entendimiento no sólo de la ley, sino también de la jurisprudencia y de la doctrina.
4. Se recomienda la implementación en los planes de estudio, y en los sílabos de todos los cursos de Derecho Civil, de un método en el que se analice y estudie material jurisprudencial, ya que ello va a traer grandes progresos en el proceso de aprendizaje de los estudiantes.
5. Resulta oportuno realizar talleres de capacitación dirigido a profesores, a efectos de que puedan conocer y aprender sobre el proceso y contenido de las sentencias que se emiten en las cortes de justicia del país.
6. Es recomendable tener un banco sistematizado de material jurisprudencial que se encuentre catalogado en razón a diversos criterios (fecha, materia,

complejidad, etc.), y que el mismo se encuentre a disposición de los alumnos para que pueda ser consultado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arriagada, I. & J.P. Naranjo (2016) “Enseñanza del Derecho fuera de las aulas universitarias: oficinas de interrogadores y educación legal en Chile”. En *Derecho y Crítica Social*. Santiago de Chile.
2. Arata Solís, Moisés (2016). “La jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante”. En *Los plenos vinculantes de la Corte Suprema*. VV/AA. Lima: Gaceta Jurídica.
3. Arce Ortiz, Elmer (2013). *Teoría del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
4. Atienza, Manuel (2018). *Introducción al Derecho*. Lima: Zela.
5. Atria L. Fernando. “La relevancia del Derecho Civil (a propósito de Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual)”. En *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006.
6. Báez Corona, José Francisco (2017). “Modelo CIT 2.0 como enfoque de formación para la licenciatura en Derecho”. En *Experiencias exitosas de innovación en la formación jurídica*. José Francisco Báez Corona (Coordinador). Universidad de Xalapa.
7. Bolívar, A. (2006). “La formación inicial del profesorado y el desarrollo de las instituciones de formación”. En *La formación del profesorado y la mejora de la educación*. Escudero Muñoz, J. M. y Gómez, A. L. (editores). Barcelona, Octaedro.
8. Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze (2005). *La reforma de la enseñanza jurídica en debate*. Lima: Foro Académico.
9. Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze (2005). *La reforma de la enseñanza jurídica en debate*. Lima: Foro Académico.
10. Chiassoni, Pierluigi (2017). *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores.

11. Chipana Catalán, Jhoel (2018). “Las doctrinas jurisprudenciales establecidas por el I Pleno Casatorio Civil”. En *Libro de ponencias del XIII Congreso Nacional de Derecho Civil*. VV/AA. Lima: EMCF.
12. Corona Nakamura, Luis Antonio y José María Arredondo Bartolo (2015). “Ciencia jurídica y enseñanza del Derecho. (Primeros pasos hacia una concepción del Derecho)”. En *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 8, enero-junio, Bogotá.
13. Courtis, Christian (2007). “La educación clínica como práctica transformadora”. En *Enseñanza Clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales*. México: ITAM.
14. De Lorenzo, Miguel Federico (2008). “Apogeo y decadencia del hecho jurídico (del silogismo a los principios)”. En *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, N° 26, Roma.
15. De Trazegnies, Fernando (2018). *Postmodernidad y Derecho*. 2ª edición. Lima: Grijley.
16. Fiss, Owen M. (1999). “El Derecho según Yale”. En *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa
17. Forero-Medina, Henry y José Daniel Fonseca Sandoval (2018). “Educación jurídica para la dominación: de la pedagogía moderna iuspositivista a la pedagogía crítica transdisciplinaria y pluricultural”. En *Iberoamérica* Vol. 20, N° 1.
18. Godio, Leopoldo M. A. (2016). “El “método de casos”: algunas consideraciones para su aplicación a cursos de Derecho Internacional en universidades argentinas, en particular, la Universidad de Buenos Aires”. En *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año X, N° 16.
19. González Jaramillo, José Luís y Octavio Macías González (2014). *De la soberanía de la ley al precedente judicial: una mirada desde el*

neoinstitucionalismo económico. Antioquia: Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

20. Gonzales Mantilla, Gorki (2008). *La enseñanza del Derecho o los molinos del viento*. Lima: Palestra.
21. Guastini, Riccardo (2016). *Las fuentes del Derecho*. Lima: Raguel Ediciones.
22. Huertas Rosales, Moisés (2007). "Aprendizaje Estratégico. Como enseñar y aprender a pensar estratégicamente". Recuperado de <http://psicopedagogiaperu.blogspot.com>
23. Kelsen, Hans. *Pure theory of law*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978.
24. Lazo Arrasco, Jorge (1997). *La Enseñanza Universitaria*. Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
25. Ledesma Narváez, Marianella (2009). "Primer Pleno Casatorio Civil: ¿El fin justifica los medios?" En *Derecho & Sociedad*, n.º 32.
26. León Hilario, Leysser (2004). *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra Editores.
27. Llanos Castilla, José Luis (2012). *La Enseñanza Universitaria, los Recursos Didácticos y el Rendimiento Académico de los estudiantes de la E.A.P de Educación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Educación con Mención en Docencia en el Nivel Superior. Lima.
28. Llodrà Grimalt, Francesca. "Entendiendo el Derecho Civil balear". Recuperado de: https://www.academia.edu/40732528/El_Ordenamiento_civil_balear_Competencia_fuentes_y_aplicaci%C3%B3n_del_Derecho_civil_balear

29. Marengo Silva, Eduardo y Juan José Vásquez (2018). *Análisis sobre los estudios de Derecho en las Universidades de Costa Rica*. San José: University of Peace.
30. Marinoni, Luiz Guilherme (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra Editores.
31. Marinoni, Luiz Guilherme (2017). *La ética de los precedentes*. Lima: Palestra Editores.
32. Mc Gregor, Felipe (1967). *La Enseñanza Universitaria*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
33. Moreno Olivos, Tiburcio (2009). "La enseñanza universitaria: una tarea compleja". En *Revista de la Educación Superior*, Vol. XXXVIII, N° 151, julio-septiembre de 2009.
34. Peñuelas Reixach, Lluís (1996). *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*. Madrid: Marcial Pons.
35. Pérez Lledó, Juan Antonio (2006). *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*. Lima: Palestra Editores.
36. Pinos Vélez, Eduardo. "La educación universitaria: exigencias y desafíos". En *Alteridad. Revista de Educación*, Vol. 8, N° 1, enero-junio 2013.
37. Ramos Núñez, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad* (2005). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
38. Rodríguez Espinar, Sebastián. "La calidad en la enseñanza universitaria". Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/3443/b15760170.pdf?sequence=1>.
39. Rubio Correa, Marcial (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

40. Sanz Rafael y André Folloni (2017). "El *soft law* como fuente del Derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad". En *Revista de Direito internacional*, vol. 14, N° 3.
41. Tapia Argüello, Sergio Martín (2018). "Educación y Crítica Jurídica. Algunas aproximaciones desde las aulas". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, 18. 19 y 20 de abril de 2018.
42. Tarello, Giovanni (2017). *El realismo jurídico americano*. Lima: Palestra Editores.
43. Touron Figueroa, Javier (1984). "Factores del Rendimiento Académico en la universidad". Navarra: Ediciones Navarra.
44. Vargas, Julio (2015). "Navegando en aguas procelosas. Una mirada al sistema universitario peruano". En *La educación universitaria en el Perú. Democracia, expansión y desigualdades*. Ricardo Cuenca (editor). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
45. Velasco, Shelom (2017). "Propuesta metodológica para el análisis de casos de derechos humanos". En *Experiencias exitosas de innovación en la formación jurídica*. José Francisco Báez Corona (Coordinador). Universidad de Xalapa.
46. Vidal Ramírez, Fernando (2014). "La importancia del Derecho Civil y de su codificación en la sociedad". En *Themis*, Revista de Derecho, N° 66, Lima.
47. Viveros Ramírez, María Lilia (2017). "La incorporación de la técnica de debates en la práctica docente para materias teóricas, un ejercicio desde la Experiencia Educativa de Filosofía del Derecho en la UV". En *Experiencias exitosas de innovación en la formación jurídica*. José Francisco Báez Corona (Coordinador). Universidad de Xalapa.

48. Zusman, Shoschana (1999). "Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: la destreza legal". En *Derecho PUCP*, N° 52, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
49. Zusman Tinman, Shoschana versus Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze. ¿Cómo se debe enfocar la educación legal? En *Themis, Revista de Derecho*, N° 57, 2009, Lima.
50. Zuvanich, Sonia y otros (2016). "Buenas prácticas docentes: el inicio de un cambio de paradigma para lograr aprendizajes esperados". En *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del Derecho en el sistema romano-germánico*. Enrique Cáceres Nieto (Coord.). México: UNAM, tomo 2.