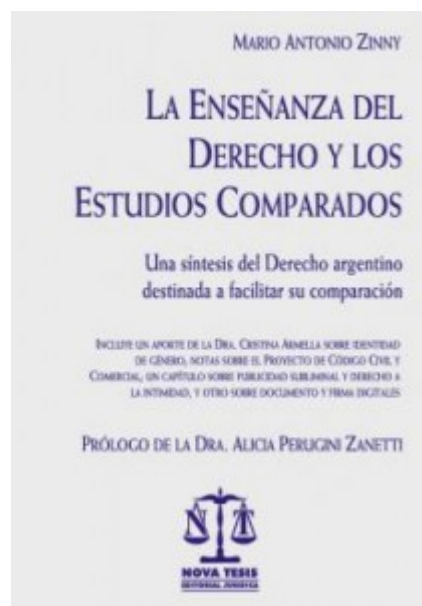


# **La enseñanza del derecho y los estudios comparados**

# La enseñanza del derecho y los estudios comparados



Portada

De Mario Antonio Zinny (\*)

([Información sobre el autor](#))

Rosario, Nova Tesis, 2013, 310 pp.

## La enseñanza del derecho

¿Son equivalentes el esfuerzo desplegado durante seis o siete años por la universidad, la facultad y los profesores con los conocimientos adquiridos por los estudiantes? De este interrogante he obtenido las siguientes dos respuestas. La primera, recibida del secretario académico de la Facultad de Derecho de Santa Fe poco antes de egresar de ella, dio por terminado el incipiente diálogo con estas palabras: “Zinny: los estudiantes egresan sabiendo lo que hay que saber”. La segunda, obtenida mucho después y todavía en vigencia, suele ser de un tenor parecido al siguiente: “Está bien, escribano, está bien, los conocimientos adquiridos no son los que merece el esfuerzo desplegado, pero ello se debe al estado lamentable en que los estudiantes llegan a la universidad y a que estudian poco”.

En lo que a mí respecta, desde mi primer libro, *Casos notariales*, editado por Depalma en 1983, vengo sosteniendo que el problema es otro y consiste en que los estudiantes egresábamos, hace cincuenta años –y egresan hoy–, habiendo olvidado la mayor parte de lo estudiado a lo largo de la carrera. Y que esto ocurría hace cincuenta años me consta porque yo egresé en aquella época y este olvido era una inquietud compartida, que dejábamos de lado por razones varias: así, la alegría de haber obtenido el título, la preocupación por encontrar un lugar donde ejercer la profesión o, en su caso, la responsabilidad del inmediato ejercicio. Y que ha seguido ocurriendo y ocurre hoy me consta por el reconocimiento de exalumnos y alumnas, el de mis hijos y el de los amigos de mis hijos.

¿Lo ignoran las autoridades? No. No lo ignoran. Las de nuestra facultad, como ejemplo, tienen muy

claras las dificultades que genera el volumen de los conocimientos que pretendemos enseñar, como lo prueba la reunión que hace veinte días y por iniciativa del señor decano mantuviéramos los integrantes de las cátedras con él y la secretaria académica. En esa reunión el señor decano aludió al artículo del diario *La Nación* del 18 de enero del corriente año, donde el autor, Héctor Masoero, miembro de la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, se pregunta: “¿Cuánta información y conocimiento se generan a diario en el mundo?”. Enseguida, citando a James Appleberry, de la Universidad Estatal de California, nos da a conocer que “desde el inicio de la era cristiana, el conocimiento tardó 1750 años en duplicarse por primera vez; luego, duplicó su volumen cada ciento cincuenta años y, más adelante, cada cincuenta años. Actualmente, el volumen del conocimiento se estaría duplicando cada cinco años”.

¿Cuáles serían las causas del olvido que nos viene frustrando? La primera consiste en la falta de síntesis y consiguiente desmesura de los programas de buena parte de las asignaturas, con bibliografías que hoy incluyen varios tratados de mil páginas cada uno, para que los estudiantes elijan el que prefieren, junto a los resúmenes y apuntes de clase, redactados muchas veces por sus compañeros.

¿En quién me apoyo para sostener que la extensión de los programas perjudica la retención de los conocimientos? Antes que nadie, en José Ortega y Gasset, quien en 1930, en *Misión de la universidad*, dijo:

Aun reducida la enseñanza al profesionalismo y la investigación, forma una masa fabulosa de estudios. Es imposible que el buen estudiante medio consiga ni remotamente aprender lo que la universidad pretende enseñarle. Sin embargo, este principio de la ficción inspira todos los planes y la estructura de la actual universidad. Por eso yo creo [...] que en vez de enseñar lo que según un utópico deseo debiera enseñarse, hay que enseñar lo que se puede aprender. Es preciso, concluye, que no prosigan la dispersión y complicación actuales del trabajo científico sin que sean compensadas por otro trabajo científico especial inspirado en un interés opuesto: la concentración y la simplificación del saber.

Y si Ortega y Gasset no nos basta, pensemos en la neurociencia, que, como bien señala la doctora Perugini Zanetti en el prólogo, nos enseña que la atención y la memoria tienen sus límites. En el caso de la atención, porque a los veinte minutos de escuchar a un orador inflexible los oyentes dejan la cara puesta para dedicarse a vagar por las alegres comarcas a las que su imaginación los conduce. En mi experiencia, los estudiantes ponen una cara ante la cual conviene distraerlos para que recuperen fuerzas y sigan prestando atención. En el caso de la memoria no ponemos cara alguna porque, cuando ella se colma de antecedentes, leyes y figuras, un conocimiento ingresa y otro se va sin que lo advirtamos.

Y si esto no es suficiente, presten atención a lo que dice Héctor Masoero en el citado artículo de *La Nación*:

Así como el ropero tiene un límite que de vez en cuando nos obliga a despojarnos de las cosas que ya no usamos, así también los programas académicos deben actualizarse periódicamente, priorizando los contenidos más útiles y necesarios para la formación profesional y, además, los que resulten aplicables a diversas áreas y problemas.

A estos contenidos de los programas de estudio imposibles de retener por su extensión hay que

sumarle el carácter asistemático de la enseñanza, con la mayoría de las materias enseñadas como si ocuparan compartimentos estancos porque los conocimientos de una no se aplican en la otra y por eso el estudiante, a medida que las va aprobando, en vez de sumarlos los resta porque ya no le sirven, con un resultado lamentable: aprobada la última, apagado el ruido de los festejos y transcurridas dos o tres semanas, el estudiante advierte que ha quedado con las manos vacías, vacías de los conocimientos estudiados y expuestos en cada uno de los exámenes que aprobó.

“No importa si no nos acordamos de nada; lo que verdaderamente importa es la práctica, y ella vendrá con el ejercicio de la profesión”. Esta idea, que mantiene buena parte de su absurda vigencia, se desmorona en cuanto uno se pregunta: ¿el mecánico es práctico porque está en la fosa con el pantalón manchado de grasa? Respuesta: no. El mecánico es práctico porque cuenta con los conocimientos que le permiten ser práctico. Y por eso no confunde a la carrocería con la rueda ni al freno con el acelerador (confusión en la que nosotros caemos cuando confundimos al mandato con el apoderamiento, al apoderamiento con el poder y al poder con el documento que los prueba).

De allí que debemos abandonar esta idea, comprendiendo que la práctica sin teoría es rutina, y que la rutina no sirve para nada. Por otra parte, cuando la teoría ilumina y dota de sentido a la práctica, ésta, a su vez, enriquece y amplía los conocimientos; lo que explica que cueste tanto llegar a jurista sin estar en contacto con la vida y los casos.

Habiendo identificado las causas del olvido que nos frustra (desmesura en la extensión de los contenidos y falta de sistema en la enseñanza), la solución se pone al alcance de nuestra mano. Aunque una cosa es que ella esté a nuestro alcance y otra que sea posible alcanzarla. Pero a mí me basta con darla a conocer por si yo tuviera razón y algún día cambian las circunstancias que hoy la impiden. Y bien. La solución consiste:

- 1) En sintetizar los contenidos de las materias hasta reducirlos a límites razonables, derivando lo suprimido, si corresponde, a las especializaciones de posgrado.
- 2) En enseñar las materias sistemáticamente, a partir de una base común que se vaya enriqueciendo con el aporte de cada una (como hacen en Medicina a partir de Anatomía).
- 3) La solución se completa brindando a los estudiantes un manual de cada materia, de alrededor de trescientas páginas, redactadas con la colaboración de la cátedra, que respondan punto por punto al programa, incluyendo así lo que los estudiantes deben saber para aprobar; con lo que de paso les evitaremos la azarosa tarea de elegir bien el material de estudio.

¿Qué es un tratado, preguntaba yo en la obra de Alfredo Soto *Temas estructurales del derecho internacional privado* [1] que tuve el honor de prologar? Y respondía: según el diccionario, es un escrito que comprende las especies concernientes a una materia determinada. ¿Y un manual? El mismo diccionario nos explica que es un libro donde se compendia lo más sustancial de una materia. Y con esto basta para confirmar que la diferencia entre uno y otro radica en la extensión: mayor en el tratado, menor en el manual.

¿A quiénes se destinan los tratados? A los profesores que recurren a ellos para ampliar sus conocimientos y a los profesionales y magistrados interesados en resolver el caso atípico que les ha tocado en suerte. ¿Y los manuales? Los manuales se destinan a los alumnos. Qué fácil sería todo si bastara plantearlo así para resolverlo, pero a nosotros nos gusta complicar las cosas. Y por eso hay autores que le llaman manual a un libro de novecientas páginas y otro que a uno de los tomos de su obra, de seiscientos setenta y ocho páginas, le llama compendio, olvidando que compendio significa “breve exposición de una materia”.

El grave error de publicar los manuales valiéndonos de un editor. Los estudiantes no pueden pagar los libros, lo que los obliga a fotocopiarlos. Y esto no es bueno, ni para el editor ni para nadie. Entonces, es mejor dejar tranquilo al editor y recurrir, directamente, a una de las fotocopadoras de la facultad, para que en ella se encarguen de imprimir, copiar y anillar los ejemplares, que así pasan a costar treinta y cinco pesos en vez de doscientos.

¿De qué base común a incluir en los programas estoy hablando cuando propongo enseñar sistemáticamente las materias? De la que está constituida por los conceptos generales que se incluyen en la secuencia situación jurídica-hecho-situación jurídica, a la que en 1959 aludió Emilio Betti en su *Teoría general del negocio jurídico* [2], donde nos enseña que “el esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene mostrándolo como un hecho [...] que incide en una situación inicial para transformarla en una situación nueva”.

En idéntico sentido, Francesco Carnelutti había sostenido en 1955 en su *Teoría general del derecho* [3] que “el estudio de la estructura del derecho se hará según la distinción entre estática y dinámica, que desde las ciencias físicas ha pasado ya a las económicas y puede rendir óptimos servicios al estudio del derecho”. Lo que en 1973 fue ratificado por Juan Vallet de Goytisolo, quien en su *Estudios sobre derecho de cosas* [4] dijo: “La distinción entre visión estática y dinámica, situación y hecho [...], tan magistralmente expuesta por Carnelutti [...] ilumina muchísimas cuestiones”.

¿Cuáles son los conceptos generales incluidos en esta secuencia donde cada uno ocupa su lugar y desempeña su cometido? a) En la situación inicial, estática, se ubican la capacidad legal de obrar y la legitimación de los sujetos, acompañadas de un objeto idóneo (cosa corporal o incorporeal). b) En el hecho, dinámico, que es vida que transcurre y pasa, están la forma, el contenido y la causa, que son sus elementos constitutivos. Y el documento que prueba el hecho antes de que a éste se lo lleve la corriente (diría Heráclito). c) Y en la situación nueva ocupan su lugar los efectos del hecho y sus eventuales vicisitudes (nulidades, mera ineficacia, porque si bien todo lo inválido carece de sus efectos, no todo lo ineficaz es inválido).

Por otra parte, esta secuencia y sus conceptos generales se dan y repiten antes y ahora, todos los días, en Occidente y en Oriente, en todo orden jurídico, en la teoría y en la práctica. Y aquí cabe agregar que estos conceptos no sólo sirven para enseñar el derecho, formando jurídicamente a quienes los estudian; porque a la vez y como veremos son útiles para compararlos con los de otros ordenamientos.

¿Sirven estos conceptos generales para enseñar el derecho? Sí. Y más sirven porque no se trata de estudiarlos en forma aislada, encerrados en cajitas, una separada de la otra, porque así, irremediablemente, acabaremos por olvidarlos. Se trata, en cambio, de estudiarlos dentro del sistema al que pertenecen, con cada uno ocupando su lugar y desempeñando su función, con lo que bastará recordar a uno para que éste nos brinde la imagen del que le sigue. Y así sucesivamente, como los médicos, que oyen cabeza y piensan en el cuello. Y oyen tronco y se acuerdan de los brazos. Más todavía, si se mira bien, nuestros conceptos generales se dan y repiten en la mayoría de las materias, aunque en alguna como el derecho penal se den con otras denominaciones.

Así, la capacidad se llama imputabilidad; la legitimación, condiciones objetivas de punibilidad; el objeto idóneo, bien jurídico tutelado; la forma, exteriorización; el contenido, tipicidad; la causa, antijuridicidad; los efectos, potestad del Estado para imponerle una pena al delincuente; la nulidad, impunidad; y la ineficacia, causas de justificación.

¿Por qué no evitar que el olvido nos frustre, adoptando la solución que está al alcance de la mano? Imposible adoptarla mientras nuestros compañeros especialistas sigan creyendo, con toda su alma, que la mejor facultad de derecho es la que más enseña y exige, siendo que no es así, porque la mejor

facultad de derecho es la que enseña mejor. Y ésta es la que logra que sus estudiantes egresen sabiendo.

¿Y los estudiantes? No se dan cuenta, captados por otros temas que ellos juzgan más importantes. Y enseñar y aprender es una cosa que a los estudiantes, lamentable y curiosamente, no les preocupa demasiado. Pero llegará el día en que advertirán cuánto más fácil, entretenido y útil resulta que el profesor anticipe que para la próxima clase deben estudiar tales páginas del manual que les ha brindado. Y ya en la clase, en vez de recitar o explicar lo que no hace falta recitar ni explicar porque lo tienen sintetizado y escrito, dedicarla a poner en escena, con los propios estudiantes como actores principales, el concepto, la institución o figura de que se trate.

Y los casos, casos sencillos y prácticos, destinados a asentar los conocimientos. Y no complejos, complicados, indescifrables, porque éstos sólo sirven para igualar para abajo, ya que nadie los resuelve.

Aprendiendo sin desgastarse, nuestros estudiantes podrán estudiar con ganas y les quedará tiempo para inquietarse por ese tema que de pronto les interesa y a partir del cual algunos iniciarán el camino que les permitirá superarnos y aportar su grano de arena para lograr un mundo más justo.

### **Los estudios comparados**

A comienzos del año pasado mi hijo Ignacio puso en mis manos el libro de Enrico dell' Aquila titulado *Introducción al estudio del derecho inglés*, traducido y editado por la Universidad de Valladolid en 1992, con prólogo de José Luis de los Mozos. Libro éste en cuya primera parte el autor sostiene que no se debiera hablar de derecho comparado sino de estudios comparados de los diferentes ordenamientos jurídicos, porque no existe ni puede existir un derecho comparado en el mismo sentido en que se habla de derecho romano, inglés o español. Existe, sí, la comparación de las diferentes instituciones, normas, reglas, criterios y principios en vigencia en distintos países y hasta en distintas regiones de un mismo país.

Comparar diferentes ordenamientos es una tendencia tan vieja como el estudio del derecho en sí, ya que desde la antigüedad se manifestó el interés de los juristas en aprovechar la experiencia jurídica ajena para elaborar el derecho propio. En este sentido se pronunciaron Aristóteles y la tradición transmitida que sostiene que el estudio y la actualización de las leyes griegas, sobre todo las de Solón, habrían posibilitado la redacción de la Ley de las Doce Tablas. En contra, la actitud despectiva con que Cicerón consideró las leyes griegas de Licurgo, Dracón, el mismo Solón y el *ius civile* de los demás pueblos y naciones.

Sea como fuere, los estudios de carácter comparativo se volvieron más frecuentes y sistemáticos recién en el siglo XIX, ayudando a entender mejor el derecho propio y, a la vez, a conocer y comprender los derechos ajenos. Con lo que estos estudios se constituyeron en un medio indispensable para la aplicación del derecho internacional privado. Más todavía, los principios generales a los que ellos permiten acceder pasaron a constituirse en la fuente del derecho internacional público toda vez que los tratados no regulan el tema (Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, art. 38c; tratado que instituyó el Mercado Común Europeo, art. 215, párrafo 2).

Esta comparación -continúa nuestro autor- cuenta con una importancia formativa extraordinaria al permitirnos aumentar nuestros conocimientos jurídicos a través del espacio, así como la historia del derecho nos permite enriquecer nuestra cultura con referencia al tiempo.

Por otra parte, los estudios comparados:

- 1) Se constituyen en uno de los esfuerzos más interesantes para volver a darle a la ciencia jurídica el sentido de lo universal.
- 2) Son imprescindibles para comprender el vocabulario jurídico de los demás países y representan la premisa para la formación de un lenguaje jurídico internacional, ya que éste tiene que ser en cierta medida uniforme.
- 3) Por último, la formación de un lenguaje de este tipo se constituye, a su vez, en la premisa para la unificación de, por lo menos, algunas ramas del Derecho, o para la elaboración de una legislación uniforme de determinadas instituciones jurídicas, lo cual es deseable para el desarrollo del comercio y hasta para la pacífica coexistencia entre las naciones.

En el ámbito de la comparación, cabe distinguir la micro-comparación (donde como ejemplo se compara la capacidad legal de obrar) de la macro-comparación (donde se comparan principios). Hasta ahora los comparatistas se han venido ocupando, casi exclusivamente, de la primera. No obstante, la macro-comparación puede resultar útil y estimulante para comprender mejor las bases ideológico-culturales que representan el substrato o punto de partida de uno y otro ordenamiento.

Siempre según Enrico dell' Aquila, para clasificar los derechos a comparar hay que comenzar por dejar de lado el prejuicio que conduce a incluir en la clasificación sólo a los derechos europeos o de derivación europea, es decir, a los pertenecientes al mundo occidental, excluyendo de la civilización a Oriente.

Y por eso es que el punto de partida correcto consiste en agruparlos según la esencia que los distingue, a saber:

- 1) Los que han sido elaborados sin depender de una verdad tradicional, de orden religioso o filosófico, como en el caso de los que pertenecen a los países europeos.
- 2) Los que han sido construidos dependiendo de esa verdad, como ocurre en los países de Oriente.

En los países europeos y en los que han recibido la influencia de su cultura se ha venido pensando que existe una neta separación entre las normas jurídicas y las normas morales (así, Giorgio Del Vecchio y Hans Kelsen). Y ello está relacionado con el camino que habría recorrido la civilización occidental en los últimos siglos de su historia, hasta llegar a un punto en el que no parece arriesgado afirmar que las actuales colectividades de Occidente se nos presentan en su conjunto como si estuvieran edificadas sobre la ausencia de cualquier principio que no sea el de conseguir el bienestar económico de la sociedad.

Las consecuencias sociales que de esto resultan, entre las cuales se destaca el asombroso descenso del nivel moral de la colectividad, están hoy a la vista de todos, sostiene dell' Aquila, quien agrega que esto vale tanto para los derechos que pertenecen al área romanista (así, entre otros, los derechos español, francés, italiano, alemán, etc.) como para los derechos que, pese a no derivar del derecho romano, han sido influidos en alguna medida por éste, como ocurre con el derecho inglés y los derechos escandinavos.

Y vale también para el derecho de los países donde se estableció una organización social inspirada en el marxismo-leninismo, como sucedió en Rusia, donde las normas jurídicas, lejos de estar relacionadas con una tradición religiosa o filosófica, fueron elaboradas con el fin de hacer efectivos ciertos intereses económico-sociales, en perjuicio de otros intereses.

Frente a todos ellos -concluye nuestro autor-, se sitúa el grupo de los derechos íntimamente conectados con una moral tradicional de origen religioso o filosófico, grupo que está constituido, fundamentalmente, por los derechos hindú, judío, islámico y chino.

Y bien. Con el libro que presento tengo la esperanza de contribuir a crear las condiciones que nos permitan emprender una doble comparación:

1) La comparación macro de las fuentes de nuestro ordenamiento con las del ordenamiento extranjero de que se trate, fuentes a las que he dedicado los diez capítulos de la primera sección, respectivamente destinados a los principios éticos, las normas jurídicas, la legislación, la analogía, los principios generales, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, asignando el último capítulo a la interpretación de la ley.

2) La comparación micro que involucre a nuestros conceptos generales (son los incluidos en la secuencia situación inicial-hecho-situación nueva), a los que he destinado el resto del libro. Lo hago inspirado en las palabras de René David, quien en su *Tratado de derecho civil comparado* [5] nos enseña:

El derecho comparado proporciona al jurista el alejamiento necesario para contemplar el derecho propio en sus rasgos esenciales, para separar y aislar las ideas generales y las tendencias principales por encima de una reglamentación a menudo exuberante, entre la que corremos el riesgo de perdernos.

#### Notas

(\*) Esta reseña contiene una adaptación de las palabras expresadas por Mario Antonio Zinny en el acto de presentación de su obra, que se llevó a cabo el 18/3/2014 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El autor del libro es miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, profesor titular de Derechos Reales de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de Rosario (Universidad Nacional) y director de la carrera de Notariado en dicha casa de estudios. [↑](#)

[1]. Soto, Alfredo M., *Temas estructurales del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Estudio, 2009. [↑](#)

[2]. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 6. [↑](#)

[3]. Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 21. [↑](#)

[4]. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973, p. 19. [↑](#)

[5]. David, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, p. 93. [↑](#)