

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ENSEÑANZA DEL DERECHO EN UNIVERSIDADES NACIONALES

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, realiza un análisis en algunos extractos de carácter histórico sobre los avances, cambios y críticas al proceso de enseñanza del Derecho en la educación superior universitaria.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)El proceso de Reforma de la enseñanza jurídica en la U.C.R. en 1964.	1
El campo docente.....	2
b)Sobre la fiscalización de la educación.....	4
c)Institucionalización del Programa de Investigación para el año de 1971.....	7
d)La calidad de la educación superior en Costa Rica.....	9
e)La enseñanza del derecho penal.....	12
Notas sobre la enseñanza del derecho en general.....	15
Breve examen de los contenidos:.....	15
Las materias ausentes:.....	17
La enseñanza no es sólo para litigantes:.....	18
La enseñanza del derecho penal.....	20
Las divisiones administrativas:.....	21
Examen de la enseñanza del derecho penal.....	22

1 DOCTRINA

a) *El proceso de Reforma de la enseñanza jurídica en la U.C.R. en 1964.*

[GUTIÉRREZ]¹

El proceso de reforma se inició en 1964 al obtenerse los servicios del Dr. don Aníbal Bascuñán Valdés, entonces Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para que llevara a cabo una evaluación de nuestra enseñanza» después de sus dos estancias en Costa Rica el Dr. Bascuñán entregó un estudio que fue publicado bajo el título "EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA".

Las recomendaciones del Dr. Bascuñán fueron analizadas por una Comisión, de Reforma que trabajó por espacio de un año en el período 1965-1966. Sus conclusiones fueron aprobadas por la Facultad a finales del segundo de esos años» 1967 fue declarado el año de la Reforma y este ha seguido su curso desde entonces»

A partir de su inicio, la reforma ha contado con la colaboración de un de la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de América que ha pagado los sueldos de profesores visitantes e investigadores de los programas especiales de preparación de materiales de estudio a investigación, y financiado asimismo, una serie de costos. Ha recibido colaboración de la Universidad de Stanford y el International Legal Center consistentes en el envío de graduados para programas de investigación. Los Gobiernos francés e italiano han proporcionado becas para la formación de profesores. Y el Gobierno de Costa Rica ha dado apoyo financiero para algunos planes de investigación.

5.- En que ha consistido la reformas

La meta de la reforma fue señalada como la formación de un mejor jurista, que pudiera dar una contribución más efectiva a la sociedad y que pudiera transformarse en un agente de cambio.

Se partió del criterio de que la tarea del jurista es tripartita y la preparación debería tener iguales características. Es necesario informarlo sobre el Derecho, enseñar a investigarlo y hacer posible su práctica en forma, eficiente Para ello se dividió la actividad de la Escuela en tres áreas: Docente, Investigación y Práctica. Los cambios introducidos en cada una de ellas han sido .los siguientes;

El campo docente

En el campo docente los cambios han incluido una serie de aspectos, los más destacados son los siguientes?

1) Aumento de requisitos; El número de cursos previos al ingreso a la Escuela de Derecho fue aumentado, Por considerar que el abogado demanda más que ningún otro profesional una cultura general amplia, Se elevó el número de cursos de repertorio de dos a tres, a fin de señalarle uno en cada área. Fuera de Ciencias Sociales se exigió conocimiento operacional de un idioma extranjero y se incluyeron dos cursos de preparación específicamente jurídicas Introducción al Estudio del Derecho y métodos de Investigación Jurídica. Ello además de los cursos de Estudios Generales, y de Economía, Sociología e Historia de las Instituciones de Costa Rica que ya formaban parte del sistema de estudios previos:

2) Semestralización. Se inició hace dos años un proceso de semestralización de todos los cursos de la Escuela, tarea asta que quedará terminada en 1971, año en que, por primera vez dejarán de impartir cursos anuales en la Facultad.

3) Sistemas de evaluación! Se aumentó el número de pruebas parciales y se disminuyó el valor de las pruebas finales del Bufo anterior a un 40% para poner énfasis en la nota de aprovechamiento obtenida realizada durante el año;

4) Asistencia obligatorias Se suprimió la libertad de asistencia y restableció la posibilidad de pérdida del curso lectivo por ausencias.

5) Flexibilización del curriculum. Se colocaron en los dos últimos años de la carrera cuatro cursos elegibles dentro de un repertorio, a fin de permitir si estudiante profundizar en rnpsterias de su elección. En su versión original la escogencia fue totalmente libre y sujeta a las preferencias de cada estudiante.

La comprobación de que el mayor número de ellos realizaba la escogencia con base en la mayor facilidad o dificultad de los cursos y no con propósitos de especialización, hace necesario que la escogencia se lleve a cabo por ciclos y por cursos individuales. Es posible que en este año quede aprobada una reforma en ese sentida.

Dentro de ese sistema se han podido introducir cursos de Criminología, Derecho Colectivo de Trabajo, Derecho Procesal de

Trabajo, Organismos Internacionales, Derecho Comunitario Centroamericano, Derecho Procesal Administrativo, Derecho Municipal, Derecho Económico, Derecho Tributario, Fundamentos de Derecho Angloamericano e Historia del Pensamiento Político.

6) Límite al número de estudiantes por curso; Para hacer posible una educación satisfactoria estudiante-profesor se fijó un límite de 50 estudiantes por grupo.

7) Experiencia en Pedagogía Activa; El verdadero movimiento de reforma debe hacerse dentro del aula. Sustituir la pedagogía de tipo magistral por una enseñanza activa es el aspecto de mayor importancia en la tarea de mejorar la preparación de los futuros abogados.

El primer esfuerzo de esta naturaleza se hizo en 1968 al realizar un curso de Derecho Mercantil el Dr, Boris Kozolchyk, profesor visitante dentro del programa con AID, y el Lic. Octavio Torrealba de nuestra Facultad. Ellos y un grupo de colaboradores prepararon un texto de Derecho Mercantil diseñado con ese propósito, con tratamiento de los temas en sus aspectos doctrinarios, legislación comparada centroamericana y jurisprudencia, fundamentalmente costarricense pero que incluía ejemplos de otros países. El éxito obtenido, después de la resistencia inicial de los estudiantes, determinó la ampliación de la experiencia a o-tras materias.

Actualmente hay preparados materiales de estudio diseñados especialmente para una docencia activa para los cursos de Derecho Civil-Bienes, Derecho Notarial y Registral, Derecho Agrario, además de Derecho Mercantil. Se utiliza la pedagogía activa además en los cursos de Derecho Comunitario Centroamericano y Filosofía del Derecho."

b) Sobre la fiscalización de la educación

[CASTRO]²

"El artículo 79 constitucional no delega en un determinado órgano o ente público el control de la calidad de la enseñanza. Se entiende que, por especialidad orgánica, corresponde en primera instancia al Ministerio de Educación Pública el ejercicio de la inspección de la enseñanza, por medio de su órgano especializado,

el CONESUR

Por otra parte, la práctica ha demostrado que el Ministerio de Educación Pública tiene limitaciones TÉCNICAS, FINANCIERAS Y POLÍTICAS para el ejercicio de sus poderes-deberes fiscalizadores. Técnicas porque no tiene la gama de profesionales con que cuentan los 25 colegios profesionales existentes. Financieras, porque el Ministerio alega carecer del presupuesto necesario para hacer las auditorías académicas. Y políticas porque el señor Ministro se excusa en que no puede hacer las inspecciones porque dice carecer de los instrumentos jurídicos necesarios para hacerlas, pues el reglamento de inspección no se puede emitir por contravenir derechos fundamentales, a pesar de que la ley de CONESUP lo ordena así desde hace 20 años. Alegato insustancial porque el Señor Ministro se toma la atribución de sustituir al juez constitucional, pues es la Sala Constitucional al que debe decidir si un reglamento de inspección, ordenado por la Constitución Política y por la Asamblea Legislativa, viola o no derechos fundamentales. El señor ministro no tiene potestades de control constitucional, ni puede dejar de cumplir sus deberes escudándose en este tipo de consideraciones.

En una reunión que sostuvimos con el señor Ministro de Educación el 1 de febrero pasado le llevamos soluciones para resolver este pasivo. Propusimos:

a) Destacar por cuenta del COLEGIO DE ABOGADOS dos abogados a tiempo completo, para que, bajo las órdenes del CONESUP, realizara las inspecciones académicas de las universidades que imparten derecho.

b) Ofrecer asesoría técnica para emitir el Reglamento que ordena el artículo 3 inciso c) de la Ley de creación de CONESUP que indica que corresponde al CONESUP la inspección de las universidades privadas de acuerdo con el reglamento que dicte el Poder Ejecutivo al efecto. En esa oportunidad sostuvimos que la solución no es renunciar a la emisión del Reglamento, sino hacerlo lo más técnicamente posible y que sea la Sala Constitucional la que lo vaya decantando en caso de que existan roces constitucionales.

c) Que los recursos que COMESUP necesita para fiscalizar pueden salir de las mismas auditorías académicas. Así como la SUGEF, la SUPEIM y la SUGEVAL, que son órganos idealizadores del Estado, cobran las auditorías que realizan, a las universidades privadas se les pueden cobrar las auditorías académicas que realice el COIMESUR. En ninguna parte está establecida la gratuidad de la inspección.

El COMESUP sólo puede ejercer auditorías académicas de carácter

más bien administrativo-funcional (ver S.V.C. 1557-91, S.V.C. 3550-92, y S.V.C. 3390-94) según lo ha determinado reiteradamente la Sala Constitucional. Es importante tener este papel claro para saber ubicar al COMESUP funcionalmente entre el SIMAES y los Colegios Profesionales Universitarios

1.2.3. SIMAES

Por otra parte, las mismas universidades públicas y privadas han organizado el Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SIMAES) que tutelaré la calidad de los programas y carreras que se ofrecen, pero no certificará la idoneidad de los individuos que se gradúen con esos programas, ni inspeccionará los aspectos funcional-administrativos de a las universidades. Se trata, entonces, de que el SIMAES certifique cánones Internacionales programáticos.

1.3. PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES:

¿Qué papel deben jugar los Colegios Profesionales en este orden de cosas?. Los colegios profesionales son personas jurídicas públicas no estatales, que representan una forma de desconcentración del Estado, que tienen una doble función: defiende los intereses del gremio, por un lado, por otro protegen a la sociedad en relación al servicio que reciben de los profesionales. Velan por la ética y la eficiencia de la profesión en beneficio de terceros, pues el interés del gremio es que el servicio que prestan sus agremiados privadamente o en las instituciones públicas cumpla con los cánones de la ética, esto por conveniencia del propio gremio y para descargo responsable de sus funciones. Es decir, los colegios profesionales representan una transferencia que hace el Estado de facultades típicamente públicas: funciones de vigilancia en el ejercicio profesional.

Los Colegios no controlamos ni programas ni instituciones, controlamos personas. Las fiscalías de los colegios tienen por misión levantar las correcciones disciplinarias que por motivos técnicos o éticos tenemos que imponer.

Lo ético tiene una doble dimensión: la formación moral del incorporando, que no podemos resolver porque viene desde la familia, la escuela, la iglesia, la comunidad. A lo sumo resolvemos la información moral, con un curso de Ética Profesional Jurídica que pretende informar al incorporando sobre los valores que integran la profesión, los deberes y régimen disciplinario que las rige.

La deficiencias académicas o técnicas, como las llamamos, no podemos suplirlas, pues no nos corresponde la formación de los incoporandos, esa es la misión de la Universidad, y el COLEGIO no

debe sustituir a la Universidad, no es su especialidad orgánica. Nuestros planes de actualización jurídica tienen por supuesto una formación académica básica y tienen la finalidad de que el profesional se mantenga actualizado, informado de las últimas jurisprudencias, doctrinas o normas vigentes, estos planes no están destinados a suplir las lagunas que algunas universidades dejan.

Los Colegios a través de otros mecanismos podremos mejorar la calificación de nuestros profesionales: como puede ser la recertificación (voluntaria para los incorporados –por razones constitucionales–, obligatoria para futuros incorporados, según un proyecto para promulgar una nueva ley orgánica de nuestro COLEGIO), y el examen de incorporación para al Registro de Especialidades. Estos otros mecanismos podrían contribuir a mantener el interés por las actualizaciones y pondrían en manos de los colegios instrumentos que les permitan suplir algunas de las deficiencias que detectamos en la formación de los graduados.”

c) Institucionalización del Programa de Investigación para el año de 1971.

[LORIN WEISENFELD]³

“Uno de los adelantos más prometedores es en la Facultad de Derecho durante los últimos tres años tal como los proyectos de investigación llevados a cabo por grupos patrocinados por la AID. Cada proyecto ha producido una serie de estudios y monografías analizando los aspectos legales, de la labor de desarrollo del país. Además de su valor intrínseco, los proyectos han servido como campo de adiestramiento a un creciente número de profesores y estudiantes costarricenses en las técnicas de investigación, análisis legal, y escritura. Estos talentos son muy escasos en el país, El siguiente programa de asistencia se recomienda a fin de establecer la investigación dentro de la Facultad como un aspecto integral de las actividades de la misma.

Se propone que la jefatura del Departamento de Investigación, ocupada actualmente por el Profesor Guier, sea separada del cargo de director de la biblioteca y se convierta en un nuevo puesto de tiempo completo. El jefe del Departamento de Investigación tendrá responsabilidad principal de la elaboración y coordinación de un programa de investigación en la facultad. Esto involucra la planificación de proyectos individuales, el parcelamiento de

trabajo entre los profesores de tiempo completo, el nombramiento de estudiantes investigadores y personal de fuera cuando sea necesario, la supervisión de la labor de investigación, la supervisión del programa de seminarios, y el mantenimiento de líneas de comunicación con entidades nacionales e internacionales que podrían financiar proyectos de investigación. Aunque las investigaciones de los profesores deben ir dirigidas principalmente a los problemas legales relacionados con el desarrollo debe darse especial atención a la necesidad que tendrían los profesores que estarán elaborando los materiales de enseñanza., de contar con información.

Debe concederse especial cuidado a la selección de un jefe de departamento que haya demostrado tener pericia en investigaciones empíricas y adiestramiento formal superior al nivel que prevalece actualmente en la Facultad de Derecho. No tendría caso nombrar en ese puesto a un profesor que no tenga experiencia previa, aunque tenga muy buenas intenciones. Lo ideal sería que la persona escogida para ese puesto sea una persona que tenga cierta posición dentro de la comunidad y en los niveles intermedios de la profesión.

La frecuente proposición de que las actividades de investigación en la Facultad de Derecho se constituyen en un instituto separado, como el Instituto de Estudios Económicos que existe actualmente en la Facultad de Ciencias Económicas, ha sido rechazada para el futuro inmediato, por considerarse innecesariamente complicada para los fines del programa de investigación. El establecimiento de una nueva entidad corre el riesgo de aislar las funciones de investigación de la Facultad de Derecho de la función de enseñanza precisamente en el momento que esta última debe estar más íntimamente relacionada con la primera. Uno de los principales defectos de los dos proyectos patrocinados por la AID ha sido su incapacidad, hasta hace poco, de involucrar suficientes profesores en su trabajo. Si el Departamento de Investigación ha de proporcionar la sombra protectora bajo la cual se lleven a cabo las investigaciones, estas deben continuar siendo parte integral de la Facultad»

El concentrar las actividades de investigación dentro de la Facultad de Derecho tendría el beneficio adicional de permitirle a la escuela que participe plenamente de una opinión pública favorable ocasionada por dichas labores. La Facultad de Derecho necesita proyectar una mejor imagen. Investigaciones exitosas relacionadas con la escuela vendrían a mejorar su categoría y por supuesto a mejorar la moral existente en la Facultad propiamente dicha.

Como el nombramiento de un nuevo jefe del Departamento de Investigación requerirá la creación de un nuevo puesto, se recomienda que la mitad del costo del mismo sea financiado por recursos externos por un período de cinco años. De conformidad con las responsabilidades del puesto y el calibre de la persona que busca, lo apropiado es un sueldo de ₡8.000 a ₡10.000. Lo que es más debe establecerse un fondo para mantener la labor de investigación. Con base en el proyecto existente, se calcula que se necesitará la suma de \$12,000 anualmente. Esta cantidad deberá ser sufragada con financiamiento externo por un período de cinco años. De allí en adelante, deberá ser asumida por la Universidad.

Echando una mirada retrospectiva, el personal de ambos proyectos actúa les auspiciados por la AID están de acuerdo en que se anticipó una cantidad in suficiente de tiempo en sus programas de trabajo para el manejo de asuntos puramente administrativos. Problemas administrativos típicos incluían la compra de materiales para le oficina, pago al personal, contabilidad, cuidado y servicio para los vehículos, contratación y supervisión de personal, escritura de in formes, y relaciones públicas. Estos problemas se han complicado con el hecho de que los proyectos dependen desde el punto de vista financiero, de la AID, la Universidad y el Gobierno de Costa Rica, cada uno con sus distintos requisitos formales. Los funcionarios actuales del proyecto calculan que hasta un 30% de su tiempo durante el mes, lo dedican a asuntos administrativos. Resulta claro ver que esto es un desperdicio injustificado del tiempo de los académicos."

d) La calidad de la educación superior en Costa Rica.

[MACAYA]⁴

Algunas definiciones individuales son particularmente interesantes de resaltar y al hacerlo estas cuatro definiciones de excelencia o de calidad que dan los rectores europeos, manifiesta un sesgo que algunos de ustedes entenderán fácilmente. La primera dice:

"la calidad esta ligada a programas universitarios, dirigidos por la investigación. Un rector dice que todavía cree en la idea clásica de la Universidad de Humboldt en la internacionalización y en las redes de la educación superior y en que la universidad es el espacio de libertad en la investigación y en la formación,

siempre abierto al diálogo.

Un tercer rector define esa calidad o esa excelencia como la plena conciencia de profesores y estudiantes, hacia la obligación moral de profesores y funcionarios administrativos, ante el principio constitutivo de la tradición universitaria europea: la educación; únicamente educación universitaria, si esta hecha de un flujo inmediato de investigación científica -en curso- hacia las actividades docentes.

El último rector que cito dice: "la investigación y la educación de más alto nivel intelectual definen esa excelencia independiente, pero en beneficio de la sociedad".

De modo que estas respuestas ponen en evidencia que no es posible -en la universidad contemporánea- hablar de los modelos tradicionales y a este de Humboldt sea el modelo napoleónico, o sea, el modelo del Cardenal John Henry Newman; caracterizando cada uno de esos tres modelos que se citaban hace un momento de la universidad inglesa, la universidad llamémosla "Alemana" y la Universidad Latina.

Quiero resaltar, y esto es una pequeña crítica a la exposición de don Arturo, la importancia de la investigación en la universidad como mecanismo promotor, definidor de la calidad de la enseñanza, pero es evidente y creo que la exposición de don Arturo es un buen ejemplo de que la calidad y la excelencia son conceptos como llamarían los burócratas "multidimensionales".

Podemos hablar de una formulación tradicional que es la que uno ve en la formulación que hace SINAES, en la que la calidad esta ligada al menos a seis grupos de factores fundamentales: la calidad de los profesores, no solamente intrínseca; sino ligada a los procesos o a los sistemas de selección, promoción y nombramiento de esos profesores, dentro del sistema universitario.

Esta ligada a la calidad de los estudiante mediante un sistema de admisión selectiva, exámenes y pruebas, pero también becas y premios a la calidad de la investigación, por medio del financiamiento y ayuda a proyectos de investigación, los índices de citas y publicaciones lo que se llamaría "la producción de la investigación" y las evaluaciones internas y externas periódicas a esta actividad, la calidad de los planes de estudio, de los cursos y de la enseñanza en general por medio de la evaluación, acreditación de programas y de cursos de cuestionarios y de encuestas a estudiantes de evaluación permanente del profesorado de programas de formación en habilidades docentes que muchas veces lo olvidamos.

La calidad del personal en administración y servicios no solo

mediante la homologación y el personamiento de esa administración y de esos servicios, si no también por medio de diversos sistemas de selección y de formación de ese profesional, de esos administradores y servidores universitarios y, finalmente, la calidad de los medios y recursos para ejercer esa actividad universitaria: infraestructura, equipamiento.

He dado una primera diferenciación entre una universidad en que hay un factor de excelencia y de perfeccionamiento del sistema ligado a la investigación y una universidad en que ese factor de perfeccionamiento no existe y hay que buscar otros.

Hay una gran cantidad de análisis y documentos que muestran en los análisis universitarios, más coincidencias que diferencias. Y hay ciertos conceptos en los que este consenso trasciende fronteras, regiones y hasta diferentes culturas universitarias y creo que un ejemplo extraordinario de este consenso es el informe llamado "Universidad 2000", que elabora el Consejo de Rectores Español, dirigido por el profesor Joseph Brical.

Este documento de la Universidad 2000, recoge no solo la experiencia Europea, sino también la experiencia Latinoamericana.

Podemos pensar entonces que hay un concepto moderno de calidad con diferentes acepciones; ninguna de ellas excluyente, todas ellas complementarias y debemos tenerlas en cuenta en esta discusión.

La primera es ese concepto llamémoslo "tradicional de calidad, como excelencia como distinción de la universidad", el por qué tal universidad es mejor que tal otra.

Hay un concepto de calidad que me parece fundamental que es el de una adecuación o de un objetivo y finalidad como institución universitaria y ahí es sorprendente volver a la misma encuesta que le citaba de las universidades europeas, solo el 50% de las universidades dicen tener una manifestación explícita de la misión de la universidad y esto es muy variable por país, por tamaño de universidad y por origen de la universidad misma.

Un tercer concepto de calidad esta ligado a la conformidad con estándares a la acreditación que es de lo que más hemos hablado hoy en la mañana. Sin embargo, hay otros conceptos de calidad que a muchos de ustedes no escaparán y que estoy seguro que en una discusión amplia surgirán, se trata de conceptos ligados a la eficiencia del uso de los recursos, luego un concepto de calidad ligado a la actitud para satisfacer las necesidades de los destinatarios, usuarios o clientes de la función universitaria como ustedes quieran llamarlo.

Hay un problema fundamental, si hay una institución compleja es la universitaria, pues hay una multiplicidad de partícipes en la

institución universitaria: estudiantes, académicos, el conjunto de la sociedad, el mundo laboral y profesional, la administración pública y universitaria y todos esos son artífices de esa institución en que, definir los destinatarios a veces cuesta.

Finalmente, y esto me parece fundamental un concepto moderno de calidad en una acepción de capacidad, de transformación y cambio.

Es muy interesante ver que junto con el Parlamento Islandés y la Iglesia Católica, la institución universitaria, es la institución más antigua de occidente. No entro a hacer apreciaciones sobre oriente, porque las cosas se vuelven muy complicadas, pero fíjense que si bien instituciones universitarias han nacido y han muerto, la institución como tal tiene ese carácter perdurable, y debemos preguntarnos ¿a qué está ligado ese carácter y esa permanencia de la institución? Es una mezcla de permanencia y capacidad de cambio que es importante analizar y que el tiempo no lo permite.

Pensamos entonces si aceptamos estos seis conceptos de calidad:

a necesidad de comenzar a hablar; aunque no me gusta hacerlo en estos términos lo que algunos calificarían como un sistema de calidad en la educación superior y podríamos distinguir cuatro ejes fundamentales: mejorar la docencia, la investigación y la administración 1710 ejes fundamentales, preparar la acreditación de programas y carreras, como un mecanismo de informar a los destinatarios de que es lo que universidad hace y ofrece que finalmente no es más que una rendición de cuentas ante la sociedad."

e) La enseñanza del derecho penal.

[ISSA]⁵

El régimen político que, de acuerdo con la Constitución, vive Costa Rica, exige que el ser humano sea el centro del quehacer estatal y no el Estado el centro del quehacer humano. Este hecho repercute en todas las formas de organización, a todo nivel. Y la educación, como forma y como organización, está involucrada en esa "manera republicana" de conducirse que, para los efectos de nuestra intervención, la vamos a caracterizar como racional y humanista.

Dentro de este contexto, la enseñanza del derecho no es una excepción, sino, al contrario, una manera importante de practicar la vida republicana; importante porque las decisiones jurídicas siempre tienen implicaciones colectivas de la mayor importancia, tanto en el campo político, como en el económico, el laboral..., en fin, en el diario transcurrir social; y el papel que juegue el abogado en esas decisiones depende, en un alto porcentaje, de la manera como ha sido formado.

No obstante, la enseñanza del derecho ha sido vista, en general, con bastante frialdad, tanto por los que a ella se dedican, como por quienes sólo hacen dogmática o laboran como operadores del derecho. Al parecer, sin decirlo, se partiría de que es un tema sin cuestión: se enseña derecho sin más. La única preocupación pareciera ser si es de prestigio presentar dentro del curriculum la tarea de profesor de alguna Facultad de Derecho. Pero las cuestiones atinentes a la metodología de la enseñanza y al contenido de una materia no deberían, en ese pensamiento, ser objeto de discusión, menos las materias que tiendan a explicar un cuerpo legal.

Contrario a ese pensamiento, el vivir y el compartir los ideales de la República y la importancia del papel del abogado en la sociedad, nos hace pensar que una de las tareas fundamentales de quien se interesa por el derecho, es pensar la enseñanza, no proponiéndose un "pedagogismo" como mera formalidad, sino meditando sobre su objeto de estudio y su metodología, ya que los aspectos de contenido están estrechamente ligados a una determinada concepción sobre el derecho. Por más dogmático que pueda parecer un curso: procedimientos civiles, derecho contractual, o cualquiera otro que en principio aparente significar la explicación de un "corpus legis", siempre hay una discusión de fondo a la cual atender.

Pensamos que esa discusión de fondo no sólo no existe ni ha existido como práctica sistemática en la enseñanza del derecho, sino que es producto de -e incide en- una concepción de la realidad. Esto lo podemos comprobar tanto en aquellos cursos que suelen presentarse como de reflexión sobre el objeto mismo de nuestro estudio y que, por su propia significación en un curriculum, deberían plantear la discusión de problemas fundamentales, como en los de referente dogmático específico, en los que, aunque algunos suponen que no debería haber ni discusión ni reflexión, siempre la cosmovisión del profesor tiñe su

explicación, aunque él mismo no se percate.

En este trabajo pretendemos, utilizando como ejemplo la enseñanza del derecho penal, señalar esa carencia y plantear una posibilidad de enseñanza basada en una visión de corte realista. Obviamente, un señalamiento como éste mostrará, cae por su peso, que detrás de cada profesor hay una formación ideológica que permitirá o no realizar esa tarea.

En concordancia con lo dicho y salvando envidiables excepciones, el criterio para formar a los abogados ha sido el de crear técnicos y no profesionales reflexivos, capaces de enfrentar situaciones distintas a las estudiadas en las aulas universitarias. El abogado tiene que ser un buen técnico y sólo eso: un hábil manipulador de normas. Y del resultado de esa especie de asepsia epistemológica y de la carencia de reflexión da cuenta nuestra realidad: la acriticidad del abogado medio, su incapacidad para medir la realidad allende la información colectiva, su poca percepción para captar el sensible deterioro de nuestra identidad, ha dado pie para que el avance vertiginoso de un neo-autoritarismo, capaz de permear rápidamente nuestro orden legal y constitucional, esté ocurriendo sin que ningún colega ni grupo hayan hecho el menor esfuerzo por llamar la atención a la colectividad. Existe ya en Costa Rica un clima propicio para erigir una concepción neo-autoritaria que se refleja muy claramente en los clamores por abolir aquellos pilares que caracterizan -al menos formalmente- nuestro derecho sancionatorio como republicano y democrático.

Dentro de este esquemático encuadre, y salvando envidiables excepciones, el criterio para formar a los abogados en derecho penal ha sido el de crear técnicos de la judicatura, de la fiscalía y, quizá, de la defensa. El abogado -y el abogado penal no tendría que ser la excepción- tiene que ser un buen técnico y sólo eso: un hábil manipulador de normas.

De lo expuesto y de la creencia de que la enseñanza-aprendizaje del derecho es algo más -y mucho más- que la formación de técnicos, surge la necesidad de preguntarse cómo estamos formando a nuestros abogados. En este trabajo pretendemos dar una aproximación a esa respuesta, tomando como ejemplo la enseñanza del derecho penal. Iniciaremos, sin embargo, con una lectura crítica sobre la enseñanza del derecho, en general, y sobre las

materias ausentes en los currícula de nuestras universidades, para ser coherentes con la creencia de que la enseñanza-aprendizaje del derecho es algo más -y mucho más- que la formación de técnicos.

Notas sobre la enseñanza del derecho en general.

"Los juristas ... viven hoy en un ghetto cultural, jugando con las palabras antes que darse cuenta de que el derecho, para ser correctamente aplicado debe tener presente la realidad social y científica actual

...Así pues, aunque los juristas parecen hacerse más sensibles al significado político y social del derecho y la jurisprudencia, esta toma de conciencia tiene, sustancialmente, unos efectos puramente emotivos e ideológicos, antes que estar fundada en el estudio sistemático y profundo de la sociología y la politología" GULOTTA (Guglielmo) (pp. 7-8).

Breve examen de los contenidos:

No sólo en los cursos introductorios, sino a lo largo de los estudios de derecho, el profesor intenta definir la disciplina, o alguna de sus ramas. Los resultados de este ensayo dan cuenta de una gran falacia: se piensa estar definiendo al mencionar al derecho como un orden normativo, o como un conjunto de normas con tales o cuales contenidos, según la rama del derecho de que se trate, pero ese punto de partida no tiene otro valor que esconder el sentido del derecho y negarle su justo lugar en la sociedad: el derecho es un saber social y por eso no es posible definirlo al margen de otros saberes relacionados con la sociedad: la economía, la sociología, la antropología, la psicología, la ciencia política.. Aislar la norma de su entorno impide conocer el verdadero papel, la verdadera función de lo jurídico y a la vez hace pensar que el derecho tiene un encargo meta social que no le corresponde; en consecuencia el abogado es cualquier cosa, menos una persona que juega con factores sociales y personales. No en vano la palabra clave para resolver cualquier conflicto social es: se necesita una ley; hay que reformar la ley.

Con lo dicho es obvio que estamos concibiendo la ley no como una idealización (ni en sí misma, ni del poder), sino como un instrumento de conducción social con sentido. Esto tiene, por lo menos, dos implicaciones: Por un lado, la ley no resuelve problemas, sino que da el marco para que pueda guiarse mejor su solución; por otro, la ley tiene un sentido y en el momento en que alguna ley lo pierda, no podría -en una sociedad sana- seguir surtiendo efecto, pues el efecto de la ley es precisamente la conducción de los grupos sociales hacia un fin general.

Al aceptar que no es posible definir el derecho al margen de la sociedad misma, de la actividad social, de la convivencia diaria de los grupos, nos damos cuenta que el derecho es política, en el sentido de vida ciudadana, de organización, de administración. También es política en el tanto en que es un resultado material, un producto, así de la actividad legislativa como de las actuaciones del poder ejecutivo y de la actividad jurisdiccional. Los abogados deberían ser, en ese sentido, y de acuerdo con los cánones republicanos que exigen racionalidad y humanismo, gestores políticos y no rígidos e ilusos manipuladores de normas cuyo sentido o impacto social ni si quiera perciben.

A partir de un planteamiento como el anterior, el primer punto que viene a tema, es que la norma (ese resultado formal de un acto político) no es un juicio de existencia sino de valor; es un acto de decisión valorativa impuesto coactivamente, de acuerdo con las formas de obligatoriedad del orden normativo jurídico: cumplimiento obligatorio, indemnización y castigo.

Cuando se estudia ese orden normativo -derecho civil, comercial, de familia, penal, agrario, etc.-, sin el contexto social, podría caerse en una falacia: la sociedad es una máquina unitaria, la ley lo es todo y resuelve todos los problemas; es la panacea. Pero la sociedad no es ni una máquina llena de engranajes con funciones definidas, ni un "cuerpo social" que semeja, en macro, al cuerpo humano y que, por ello, sus partes pueden ser extirpadas para curar los cánceres sociales; por lo mismo la sociedad tampoco es unitaria ni homogénea. La sociedad es un conglomerado de actividades de grupos de intereses que crean pugnas, encuentros, consensos, conflictos. Y el aparato estatal participa de todos esos conflictos y encuentros de los grupos sociales y en esa actividad es también quien dicta el deber ser que rige a cada uno de los ciudadanos, a cada uno de los grupos sociales y a cada una de las actividades sociales. Esta es la razón por la que

consideramos que no puede decirse que el derecho es un conjunto de normas con tal o cual especificidad, sin estar ocultando que el derecho, como orden normador, no lo es ni de cosas ni de ideales, sino de hombres, de seres sociales que se encuentran inmersos en la dinámica social, desde cualquier ángulo que ella se explique. Y que las leyes, ese conjunto de normas, son fabricadas por esos hombre, por esos grupos de interés, desde cualquier ángulo que se las observe.

Los cursos de la carrera de derecho suelen iniciarse con la explicación del concepto, las denominaciones y la definición, pero sin ubicar la disciplina dentro de un contexto jurídico y social determinado. Un ejemplo del derecho privado nos muestra que es posible explicar dogmáticamente una ley de inquilinato, pero es preferible que además del puro y aséptico conocimiento normativo, idóneo para capacitar al litigante o al aplicador de esa ley, el estudiante conozca no sólo las reales motivaciones que dieron lugar a la norma, sino en qué contexto fue creada, por qué la actual, habla de viviendas de interés social, cuál es en blanco y negro el problema habitacional del país y cómo incide positiva o negativamente la ley.

Parecidos ejemplos podemos tomar del derecho de familia o del derecho de menores, si no se parte de la problemática de la familia real y sólo se explican una serie de normas, sistemáticas y concatenadas, ciertamente, pero sin tomar en cuenta el problema de la familia de hecho, de la mujer jefe de hogar, de la situación económica de las familias dentro de la línea crítica de pobreza, etc, etc. Podríamos seguir poniendo ejemplos, pero creo que la idea general ya ha sido expresada: lo que generalmente se estudia en una Facultad de Derecho, es una técnica, la técnica del litigio; no se encuentra en los contenidos, una preparación que se proyecte más allá.

Las materias ausentes:

En la mayoría de las facultades de derecho de latinoamérica y en todas las de Costa Rica la línea curricular parte de la idea de lo general a lo particular: en primer año se imparten cursos generales que suelen llamarse Teoría del Derecho, Introducción al Estudio del Derecho o algo parecido. Posteriormente, conforme avanza la carrera, se especializan más los temas: todos los

aspectos del derecho privado, civil y comercial; muy brevemente el derecho de familia y el derecho laboral; todos los aspectos del derecho administrativo, el constitucional y el derecho penal en su sentido formal. Prácticamente no se encuentran currícula en donde se establezca, ya en los contenidos de alguna materia, ya como asignatura independiente, el estudio y la discusión del tema de los derechos humanos, de la criminología y la política criminal ni los procesos de los problemas que implica el derecho laboral en los procesos de inserción de las economías latinoamericanas en la llamada economía del libre mercado, ni del derecho de menores, ni de los indígenas.

En relación con la enseñanza de los derechos humanos, los países latinoamericanos son signatarios de las cartas internacionales que protegen derechos fundamentales de las personas y más específicamente de los menores y de los grupos minoritarios, sin embargo no existe ninguna materia que trate el asunto. La discusión es interesante, pues es válido pensar que no es necesaria la existencia de una asignatura específica, sino que el problema debería encontrarse en los contenidos de varias materias: introducción al estudio del derecho o teoría general del derecho, derecho constitucional, derecho penal general y especial, filosofía del derecho, entre otras. La discusión sobre este tema se ha dado ya en algunos foros y es más "institucionalizada" debido a la existencia de instituciones internacionales especializadas y organizaciones no gubernamentales que se preocupan del problema.

En lo que se refiere a la criminología, la política criminal, las minorías, los menores, el asunto es distinto, a pesar de las cartas fundamentales específicas, los currícula los han olvidado y su revisión da cuenta de un silencio absoluto sobre el tema de menores y de las minorías. En cuanto a la criminología, existe en algunas facultades como asignatura, pero sus contenidos son más positivistas que de la criminología contemporánea y son más descriptivos que planteadores de problemas fundamentales.

La enseñanza no es sólo para litigantes:

"En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del poder judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos

sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato" ZAFFARONI (Raúl E.) Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático, conferencia...(p. 3).

"En el trasfondo de la cuestión subyace desde luego la pregunta de cómo podría (el juez) asumir la función política a él asignada si no ha aprendido a concebir el derecho como idea global de regulación y como sistema generalizado de referencia de la sociedad... Para el juez, se trata de la cuestión existencial de si será capaz de aprovechar de modo competente las oportunidades de configuración existentes o, si por el contrario, seguirá siendo un servidor insatisfecho y desamparado del Estado, atrapado entre "decisiones" de dictámenes "doctrina y jurisprudencia" y un mundo social que no llega a comprender. De esta situación sólo le puede salvar una formación sociológica amplia, enfocada a conflictos sociales jurídicamente relevantes y fundada teórica y científicamente" (pp. 128-129). SIMON (Dieter) La independencia del juez, Ariel, Barcelona, 1985.

Lo que se estudia, generalmente en una Facultad de Derecho, es una técnica, la técnica del litigio. El graduado, a pesar de que tiene diversas funciones en la sociedad, sólo parece tener una formación de litigante. El investigador científico y el técnico de la judicatura, para pensar sólo en dos ejemplos, son grandes ausentes en los perfiles curriculares, a pesar de que, en el caso del juez, se presenta como operador del derecho por excelencia, por lo menos dentro de la conformación actual de nuestra sociedad.

Por todo lo anterior llama la atención la creación de las Escuelas Judiciales y nos mueve a reflexionar acerca de sus alcances, pero también acerca de las limitaciones de la enseñanza en las universidades, carencias que, por lo demás, deberían ser suplidas más por una investigación de la realidad, que por la enseñanza tradicional. Es la enseñanza universitaria la encargada de preparar jueces en materias de fondo y de "especializarlos", en tanto que el encargo de las escuelas judiciales es ejecutar un adiestramiento técnico. Es un hecho que las universidades en muchas ocasiones ni en sus posgrados suplen estas carencias, carencias que, por lo demás, deberían ser suplidas más que por la enseñanza tradicional, por la investigación de la realidad.

La pregunta es, entonces: ¿podrían suplirla las escuelas judiciales? Sin ser pesimistas, nuestra respuesta es negativa, si entendemos que las escuelas judiciales son organismos encargados de ejecutar un adiestramiento técnico para operadores judiciales de todos los niveles, pero no tienen el encargo de formar juristas, pues se supone que sus "estudiantes" son juristas que se agrupan para aprender una técnica. A pesar de lo dicho, y como experiencia personal, hemos constatado que en la misma capacitación técnica pueden llenarse vacíos importantes, en tanto las universidades no se percaten de sus carencias y se replanteen su papel en la sociedad. Entenderíamos las escuelas judiciales como organismos encargados de ejecutar un adiestramiento técnico para operadores judiciales de todos los niveles, pero no con un encargo de preparar jueces en materias de fondo y muchos menos en "especializarlos", pues es la tarea propia de la universidad.

Sin embargo, la reflexión deberá ir por el lado de las carencias. Dentro de los perfiles que debería plantearse una línea curricular, no parece estar claro el perfil del juez, que parece ser el operador del derecho por excelencia, por lo menos dentro de la conformación actual de nuestra sociedad.

La enseñanza del derecho penal.

"... los fenómenos de poder no "nacen de incubadora", si no que se gestan históricamente y del mismo modo se explican. La historia no es una colección de hechos pasados, Sino una visión de la gestación de los hechos presentes, que nos permite su comprensión". ZAFFARONI (Raúl E.) Dimensión política de un Poder Judicial Democrático, conferencia... (p. 3)

Introducción:

El derecho penal es el estudio de un ejercicio de poder frente a hechos sociales; quizá todo el derecho lo sea, pero pareciera más revelador en el penal debido a las formas de coerción que tradicionalmente utiliza la sociedad, tanto si nos referimos a la sanción propiamente dicha, como si hablamos del procedimiento administrativo y jurisdiccional, policial y judicial, para la averiguación de la responsabilidad. Es por eso que la vida republicana exige un derecho sancionatorio con características

acordes con esa forma de gobierno; no en vano la constitución política costarricense, además de contener una serie de garantías penales y procesales que recogen la racionalidad del castigo en la República, prohíbe, expresamente, las detenciones sin indicio comprobado de haber cometido delito (art.37), los tribunales especiales (art. 35) y las penas crueles y degradantes (art. 40), además de los principios de fondo como el de legalidad/tipicidad y el de inocencia (art. 39).

Pero la racionalidad de la sanción no atiende sólo al tipo o monto de la penalidad, sino -y sobre todo- a la oportunidad y la necesidad de la prohibición. En ese sentido, una de las características más importantes del derecho penal republicano es la concepción del bien jurídico, como finalidad esencial de la norma; concepción que no es meramente formal, sino real: el derecho sancionatorio debe proteger bienes jurídicos que verdaderamente tengan relevancia social.

Esta protección -misión legislativa- sólo puede ser posible por medio de la descripción de conductas en la ley. De esta manera, los tipos penales se convierten en los únicos medios que posee el Estado para señalar a los ciudadanos qué es lo protegido y, por ello, qué es lo prohibido. Así, la tipicidad presenta una doble función:

a. Sirve de límite al Estado: ni el juez ni el jerarca administrativo, ni el poder policial pueden "crear" prohibiciones con conminación penal, solo el legislador, el cual debe cumplir una serie de lineamientos, y;

b. Funciona para el obligado -todo habitante de la República- como una especie de "manual de información", para que pueda conocer las conductas prohibidas y conminadas con sanción penal.

Todo esto tiene un sentido cuando se habla de la enseñanza del derecho penal.

Las divisiones administrativas:

El derecho penal general y el especial no son entidades diferentes sino un estudio de diversos aspectos complementarios. No es posible, por tanto, separar el estudio de los delitos en particular sin una clara concepción de las reglas generales. La consideración de la legalidad criminal y su derivado natural, el principio de tipicidad, las zonas de protección penal, las reglas de la autoría, la participación, la consumación y la tentativa y las maneras de interpretación de la ley penal son, entre otros conocimientos, requisitos "sine qua non" para poder enfrentar los tipos en particular.

Puede parecer absurdo mencionar lo anterior; sin embargo, lo formal ha ahogado de tal manera los aspectos de contenido, que estas divisiones aparecen como naturales, a pesar de que son altamente perniciosas para una comprensión global del fenómeno del derecho penal, en el tanto que las reglas generales siempre son vistas como lo teórico alejado de la realidad y el estudio de los tipos -solo doctrinal en la mayoría de los casos- pareciera ser considerado por algunos como la parte práctica de la disciplina.

Examen de la enseñanza del derecho penal.

Los estudios de derecho penal suelen iniciarse con la explicación del concepto, las denominaciones y la definición del derecho penal. Sin embargo, un planteamiento sobre el tema concebido sin la necesaria demarcación de dónde y por qué está ubicado el derecho penal dentro de las disciplinas del control social y dentro del papel que juega en la sociedad el sistema de justicia penal, resulta vacía. El sentido que pueda encontrarle el estudiante a la explicación, pasa por entender el papel y la responsabilidad de los operadores de cada uno de los subsistemas del Sistema de Justicia y de cómo juega el Derecho dentro de ellos, y requiere conocer la importancia del control social y del Derecho Penal como control punitivo institucionalizado; sin esta base no podría discutirse con objetividad la necesidad o no de una ley, de una reforma o de otra clase de solución no legal. Una carencia como la señalada lleva a la formación de profesionales con un alto grado de reduccionismo; a estos les quedará muy claro, por ejemplo, el hecho de que basta con legislar para resolver cualquier problema, sin entender que la legislación es sólo una posibilidad de solución del conflicto y que muchas veces utilizar el sistema de justicia más que solución representa agravar el conflicto. Es la enseñanza de lo ideal, de un deseo, quizá, pero

no de la realidad. En este sentido es una enseñanza que pasa de lo estéril a lo encubridor.

Aceptamos, por lo anterior, la propuesta de una enseñanza que inicie con un detalle de los aspectos relacionados con el entorno de la disciplina, con el fin de enfrentar el saber con su contexto. Esto le da al estudiante un marco conceptual y de realidad que permite discutir el o los conceptos dentro de un entorno político social determinado, en donde concepto y contexto deben quedar muy claramente demarcados dentro de los lineamientos constitucionales vigentes, y que sirven de base a la legislación que se explica, pues el sistema legislativo de un territorio es lo que su Constitución Política señala.

Por otra parte, no debe pasar desapercibido el hecho de que cualquier sistema normativo jurídico, tiene su base en la necesidad de convivencia. Es por eso que toda norma tiene una finalidad, un para qué; con mucho más razón la norma penal, ya que presenta una respuesta punitiva. Así, se regulan penalmente hechos o situaciones que son fundamentales, no para un determinado grupo, sino para la colectividad -que, se supone, está representada por los grupos legislativos- y que, se presume, la respuesta sancionatoria es la válida. En este sentido la norma es universal e igual en el tanto en que la necesidad lo sea, pues lo legislado debe responder sólo a los elementos fundamentales necesarios para la convivencia: el derecho penal, como sistema normativo, es la respuesta legislativa a las necesidades que el poder legislador ha recogido. Por ello no puede esconderse a los estudiantes la pregunta: ¿de dónde, de quiénes, ha recogido el poder legislador la necesidad?

Si bien nuestra Constitución Política señala que la soberanía reside en la nación, no puede olvidarse que la sociedad no es un grupo homogéneo y que el poder legislador hace las leyes a la sombra de los grupos de presión de diversa índole, por lo que éstas pueden fácilmente ser la resultante de intereses subyacentes tras la producción legislativa. De esta manera, al definir formalmente esta disciplina sin integrarla como un elemento más de la política criminal de un estado, como una forma de control social, y, en última instancia, como un producto político, se oculta, adrede o no, una realidad meta-jurídica y aunque el concepto que utilicemos sea muy elaborado y muy retórico, le estamos creando una ilusión al futuro abogado: Si teóricamente la necesidad de convivencia organizada es la base de la prohibición,

en la realidad los intereses en juego reclaman ser tomados en cuenta como substrato de lo jurídico penal. De hecho muchos delitos aparecen o desaparecen no por intereses generales sino por conveniencias muy concretas, aunque no necesariamente perversas. Véase el caso de las propuestas para crear delitos sobre violencia familiar como un ejemplo del interés de un grupo definido que atañe a toda la colectividad; en un sentido distinto, el caso de los delitos tributarios, que responden a un interés recaudador del Estado, sin cuestionarnos si su aplicación va a ser o no selectiva, es decir, si se va o no a penalizar solo a grupos diferenciados; se cae así en el absurdo de utilizar la norma para resolver problemas muy concretos de grupos de poder, con lo cual ocurre otro fenómeno: la penalización, sin límite, de cualquier conducta, la cual convierte a un orden normativo que, como el penal, debe ser fragmentario o discontinuo, en una línea de penalizaciones. Todo comportamiento será conminado con sanción penal, no importa si es o no importante para la comunidad. Como variante, pero dentro del mismo orden de ideas es interesante, como ejemplo, conocer la exposición de motivos con que se presentó el proyecto de aumento de las penas y confrontar el argumento con los estudios que sobre el aumento de la delincuencia existen en Costa Rica. Lo anterior nos enseña que la ley, además de ser un instrumento jurídico, es una creación política y un instrumento político; el profesor tiene la responsabilidad de señalar y discutir ese aspecto.

Estas ideas nos llevan al objeto de la tutela penal. No puede definirse el derecho penal sin plantearse la cuestión del bien jurídico y no puede plantearse ésta sin proponerse el problema anterior: así, si el tipo penal es el instrumento por medio del cual puede observarse la norma y consiguientemente el bien jurídico, la tipicidad, además de ser un instrumento jurídico es una creación política y un instrumento político y el profesor tiene la responsabilidad histórica de señalar y discutir este aspecto, como también de que el sistema penal no se agota en el derecho penal.

Ciertamente, el estudio real de la finalidad de la norma o bien jurídico, es un tradicional gran ausente dentro de los contenidos de la enseñanza del derecho penal. En la mayoría de los estudios sobre algún delito, siempre aparece una sección que habla sobre la finalidad de ese ilícito, es decir, sobre el bien jurídico que tutela la disposición analizada. Sin embargo, cuando entramos a observar el contenido de la propuesta nos damos cuenta que lo que

se señala ahí es la opinión del que suscribe o de los citados por ese autor. Cómo puede saber el estudiante si esto es cierto o no, o cómo puede validar o adversar esa opinión si no se le ha enseñado un método para reconocer el objeto de protección de una disposición legal. Un abogado, litigante, juez, fiscal, investigador, etc. que tenga que atenerse a lo que dice tal o cual autor sobre lo tutelado por una disposición legal, está plenamente desamparado e inhibido para realizar un claro razonamiento; a esa persona se le ha vedado acceso al conocimiento. Por ello, quien enseña tiene el deber de explicar un método claro por medio del cual el estudiante pueda por sí extraer, del tipo penal, el bien jurídico tutelado o que, por lo menos pretendió haberlo tutelado el legislador.

Cuando se enseña derecho penal debe hacerse un énfasis especial en el tema de la acción como concepto básico para explicar el delito: cómo se ha observado históricamente, cuáles son las consecuencias en la teoría del delito y cómo han influido y de qué manera las distintas ideologías y las diferentes posiciones epistemológicas y pseudoepistemológicas en la conceptualización y comprensión del concepto de acción. Dentro de este aspecto, es esencial subrayar claramente la naturaleza voluntaria de la acción descrita en el tipo penal y la necesaria consideración de que el legislador no puede sino describir acciones humanas reales y con sentido, con el fin de respetar tanto la conformación bio-psíquica del ser humano, como su dimensión social. El poder estatal, por medio del legislativo, utiliza los tipos penales para revelar lo prohibido o lo mandado, a través de lo penalmente descrito. Por ello el juez debe tener muy claro cuál es el proceso legislativo y, a través de la inducción, deberá develar ese proceso para entender qué es lo prohibido y lo mandado y, posteriormente, qué es lo protegido, cuando lee una descripción penal con la finalidad de detectar la adecuación típica. Esta básica importancia de las descripciones penales no es teórica, no es una majadería de algún profesor que ha leído más de la cuenta, es toda una manera de analizar el tipo penal, tanto en relación con la Teoría del Delito (los elementos que lo conforman y su valor para conocer el bien jurídico tutelado), como de cara a la función que el Principio de Legalidad, que delinea el artículo 39 de la Constitución, le marca al legislador y al juez. Es la función del tipo penal como garantía ciudadana y como límite a la función del juez, la que, en última instancia, toca directamente la protección de los derechos individuales más preciados de los ciudadanos, por eso debe quedar muy claramente explicada en cualquier curso de derecho penal.

Tomando en cuenta lo dicho, cuando un órgano legislativo conmina penalmente conductas que se alejan de la realidad del diario quehacer, o cuando soluciona penalmente maneras de ser o estados de las personas, poco se diferencia de aquel tirano que -en el Otoño del Patriarca, de García Márquez- declara la catedral del lugar, por decreto, como la más bella del mundo. En tal caso el derecho penal no cumpliría ninguna función social generada por la necesidad, sino que se convierte en una fórmula vacía cuya función es la de controlar ciertos grupos, ciertas zonas de la población que por su hacer o por su manera de vida colocan en evidencia una forma de ser del grupo dominante. Todo comportamiento será conminado con sanción penal, no importa si es o no importante para la comunidad; sin embargo, por razones de selectividad del propio sistema penal, no todas las personas que actúen típicamente serán sometidas al sistema penal. ¿Cuánto de lo anterior se discute con los estudiantes de derecho penal general y de derecho penal especial?; ¿se analizan en clase, con estos propósitos, leyes como la "Ley contra la vagancia, la mendicidad y el abandono", la "Ley para garantizar al país mayor orden y seguridad", la antigua ley de penalización del cambio de moneda, así como muchos tipos penales y contravencionales? . ¿Se discute la validez del derecho penal en la punición de hechos de cuello blanco y en delitos ecológicos, en vez de pensar en una sanción administrativa?

Siempre en relación con la acción voluntaria como base para la construcción del delito, es necesario recalcar los aspectos atinentes al dolo y a la culpa. Independientemente de la discusión -que personalmente creemos sí tiene sentido- de en cuál momento de la averiguación de la responsabilidad debe buscarlos el juzgador, si en la acción típica o en la culpabilidad, la necesidad del estudio de estas figuras es indispensable. Es posible encontrar ejemplos en la jurisprudencia, en donde el dolo es el gran ausente. En estos ejemplos basta la comprobación de la tipicidad objetiva; así, constatada la adecuación de la conducta humana real a la conducta descrita, habrá condenatoria. Dos grandes ausentes se constatan en estos ejemplos: el dolo y el reproche.

La existencia de una fundamentación antropológica del castigo y por ello del concepto de delito, exige que el juzgador -antiguo estudiante- tenga claro el concepto de dolo. Querer la acción típica es el inicio de un juicio que culmina en el reproche y que puede conducir al error de tipo, otro ausente en muchas explicaciones pues se confunde -falsamente- con el error de hecho (así como el error de prohibición se confunde con el de derecho).

El dolo es una de las instituciones guía de la teoría del delito que en momentos de autoritarismo sufre los mayores embates, debido a que es el ingreso del análisis de la subjetividad, del querer, dentro de la averiguación de los hechos. Sin dolo lo que existe es una responsabilidad objetiva: constatado el acto que se adecúa al tipo penal, hay responsabilidad, sin importar si la persona quería el hecho directa, indirecta o eventualmente o si podía o no representarse el resultado típico. El estudiante debe tener muy claro qué significa el dolo y qué es la responsabilidad objetiva y qué clase de derecho penal exige en ese sentido nuestra Constitución.

El otro tema fundamental, gran ausente de muchos programas de derecho es el tema del reproche. A causa de que durante mucho tiempo la doctrina tradicional llenó el contenido de la culpabilidad sólo con el dolo y la culpa, el profesor de hoy, a pesar de que han transcurrido muchos años desde que Frank, en 1917, trató el problema, olvida que el reproche es un elemento importante de la teoría del delito. Es, más, olvida que culpabilidad es sobre todo el juicio de reproche que se hace al autor por el injusto -conducta típica y antijurídica- que realizó. Por tanto, no importará si optamos por observar la teoría compleja de la culpabilidad (es decir llenada con el juicio de dolo y culpa y también del reproche) o si aceptamos que culpabilidad es sólo reprochabilidad porque el juicio de dolo y culpa se realizó en la acción típica; lo importante es que no se le impida al estudiante conocer este elemento de la teoría del delito.

El tema de la sanción y su explicación constituye un problema aún más complejo en la enseñanza del derecho penal. Primero, por un asunto meramente administrativo: es el último tema del programa y generalmente no alcanza el tiempo para darle un tratamiento exhaustivo. Por otra parte, el tema suele ser abordado sólo desde la perspectiva normativa: se explica artículo por artículo de la ley vigente, qué significa cada pena o cada institución. No se explica cómo se cumple cada pena ni cómo funciona en la práctica cada institución. Menos aún las perspectivas de derecho comparado sobre la existencias de formas de sanción distintas, maneras diferentes de cumplimiento de la pena de prisión, entre otros aspectos.

Y, sin embargo, el tema de la sanción es de fundamento. Es por

ello que la experiencia de enseñar este tema como uno de los introductorios al estudio del derecho penal nos parece muy sugerente.

2.4 La enseñanza del derecho penal especial.

Obviamente lo que hemos señalado es válido para el derecho penal, sin distinción de general o especial. El derecho penal especial puede ser estudiado con metodologías muy diferentes. De hecho hemos conocido importantes maneras de enseñar en profesores de la Cátedra respectiva de la Universidad de Costa Rica. Sin embargo, es importante advertir que el estudio de esta parte de la disciplina, en la mayoría de las universidades, tampoco contribuye a una formación de mentes libres y críticas, por múltiples razones, una de las cuales ya la señalamos al mencionar la manera cómo se explica el bien jurídico de los tipos en examen.

En general, en el estudio de los delitos, se tiende a asociar derecho penal especial con la parte especial de los códigos penales y se olvida que en la generalidad de los casos las tipificaciones más importantes y también las más cuestionadas están fuera del código, en leyes especiales.

Por otra parte, el estudio de los delitos se reduce, generalmente, a una exégesis con base en doctrina extranjera y, en algunos casos, la jurisprudencia existente sobre la figura. Se pierde así:

- a. Una visión de conjunto, ya que no se observa la tipificación estudiada dentro del contexto de una zona de protección a la que alude;
- b. Un examen de la descripción desde el punto de vista de la legalidad criminal, en donde un examen del lenguaje del tipo, su polisemia y su sintaxis es fundamental.
- c. Se pierde también un estudio de la realidad del tipo, su impacto en el mundo social, su eficacia, su razón de existir y cómo lo viven los tribunales de justicia. (3)

La obligación de un profesor para con sus estudiantes, dentro de esta temática, es la de presentar un estudio realista de los tipos penales, tanto del código penal como de las leyes especiales, con base en las zonas de protección y comparando las necesidades reales con las prohibiciones existentes. Esto permite detectar tanto las zonas protegidas, como las carentes de protección y las sobreprotegidas o que no merecerían tutela penal.

Es importante conocer, por ejemplo qué es alevosía o ensañamiento, pero más importante todavía y más necesario es preguntarse qué grado de protección dan nuestras leyes penales a cada una de las zonas de realidad que el legislador pretende estar tutelando.

Por otra parte, es necesario que un curso de derecho penal especial no descuide la relación dinámica entre los principios de la parte general y los tipos en particular. En este sentido, la metodología de enseñanza por medio de resolución de casos o de examen de sentencias, permite que el estudiante vea el todo y no sólo el problema de derecho penal especial. Es importante que, al lado de saber sobre el significado de funcionario público, por ejemplo, o documento, o cosa mueble, se resuelva el problema de tentativa, de autoría mediata o de concurso que pueda existir. De esta manera el aprendizaje no se parcela.

El derecho penal costarricense tiene el sello republicano que le imprime la Constitución Política y por ello debe presentar características acordes con esta forma de gobierno. De las características más importantes que le imprime la República al Derecho Penal costarricense, encontramos primordial la misión de proteger bienes jurídicos que verdaderamente tengan relevancia social y que se enmarquen dentro de un sistema racional de sanciones. Esta protección se realiza por medio de la descripción legislativa de conductas: los tipos penales. En efecto, las descripciones penales son los medios que posee el estado para revelar a los ciudadanos qué es lo protegido y, por ello, qué es lo prohibido, a través de lo descrito. Esas descripciones, por lo dicho cumplen una doble función:

a. Son el límite que tiene el poder estatal en la consideración de las conductas de los sujetos: ni el juzgador ni el jerarca administrativo, ni el poder policial pueden "crear" prohibiciones con conminación penal, sino el legislador, dentro de una serie de reglas que le obligan a "decir" la conducta prohibida de manera

clara precisa y delimitada, y;

b. al mismo tiempo, la descripción penal es el único medio que posee el habitante de la República para conocer las conductas prohibidas y penalmente conminadas.

Si el poder estatal, por medio del legislativo, utiliza los tipos penales para revelar lo prohibido o lo mandado, a través de lo penalmente descrito, el juez deberá entender el proceso legislativo y, a través de la inducción, deberá develar ese proceso para entender qué es lo prohibido y lo mandado y, posteriormente, qué es lo protegido.

Por lo anterior, con el fin de poder entender las descripciones legislativas, desde esos puntos de vista, presentamos este texto, en el que se trata de señalar un método de observación de las descripciones penales como instrumentos de análisis y también como únicos medios para juzgar la labor legislativa, antes señalada.

Como puede observarse, la importancia de las descripciones penales no queda en el campo meramente teórico, sino que permite analizar el tipo penal, tanto en relación con la Teoría del Delito (los elementos que lo conforman y su valor para conocer el bien jurídico tutelado) como con la función que le marca al legislador y al juez el Principio de Legalidad Criminal que propone el artículo 39 de la Constitución Política (el tipo como garantía ciudadana y como límite a la función del juez), aspectos que, en última instancia, tocan directamente con la protección de los derechos individuales más preciados de los ciudadanos.

Desde ese punto de vista, proponemos una metodología de análisis que por lo menos contemple lo siguiente:

a. El tipo penal como texto que describe una conducta: El tipo penal es un texto y como tal debe ser analizado. Así, formalmente, debe observarse su construcción sintáctica, el valor real/legal de las palabras que lo componen. En este sentido es importante valorar la construcción del tipo:

-si la redacción es clara o no;

-si tiene elementos que distorsionen el sentido de la acción;

-si su sintaxis se presta o no para diversas interpretaciones.

En igual sentido es importante valorar las palabras y su carga semántica: si son términos ambiguos, polisémicos o no; claros, utilizables en la vida cotidiana o desconocidos para el común de la gente. P. ej. el art. utiliza el término *cencerradas*, que es poco común en el lenguaje costarricense; en igual sentido, el art. 250 utiliza *alambrecarril*.

b. El tipo como instrumento para observar el cumplimiento del principio de legalidad criminal (art. 39 de la Constitución Política): Tipos abiertos, leyes penales en blanco, ambigüedades en la redacción que permiten interpretaciones extensivas. El tipo penal como instrumento para observar la norma y el bien jurídico: El tipo penal es la ocasión o el lugar de observación de la finalidad de la prohibición. El paso primero nos deja al descubierto tanto la construcción del texto como sus palabras. De esta manera se puede realizar con más facilidad el segundo paso, que es saber qué es lo prohibido, cuál es la norma o el precepto que se encuentra tras las palabras que componen la descripción de la conducta sometida a sanción penal. Sabiendo cuál es la prohibición, se busca la finalidad o bien jurídico tutelado con esa prohibición. Esta se induce de los propios términos del tipo; si se castiga matar, lo protegido es lo contrario; si se castiga apoderarse de objetos, lo protegido es la esfera de poder o patrimonio; etc. Bien jurídico y realidad, dentro de un derecho penal mínimo: Si el derecho responde a las necesidades sociales de todos los grupos, en la enseñanza del derecho penal especial es indispensable un análisis de los tipos vigentes a la luz de la realidad, con el fin de saber si aun tiene sentido la prohibición. En Costa Rica podemos brevemente señalar como ejemplo los delitos de libramiento de cheques sin fondo y de duelo. En el primer ejemplo, la misma jurisprudencia se ha encargado de ir limitando su aplicación, pues su sentido protector de bienes no es mucho, si se lo concibe como un delito de resultado y no formal, como se lo consideró cuando entró en vigencia, al inicio de los años 70. En el caso del ejemplo del duelo, lo que el estudiante debe conocer es cómo por causas de un honor de grupo, el bien jurídico vida se minimiza, ya que las sanciones del duelo no son proporcionales con las del homicidio y la muerte en duelo se convierte en un

homicidio privilegiado.

Sin conclusión:

Luego de lo planteado, creemos importante subrayar lo siguiente: el profesor de derecho tiene una clara e importante misión dentro de la República, cual es enseñar los diversos aspectos normativos, situándolos dentro del contexto socio político en que se desenvuelven y no en el ideal de lo que piensa que debe ser la norma, ni en la realidad de aquel autor que lo apasionó.

La historia no se lee, se hace y todos los seres humanos somos hacedores de historia, aunque la vida de la mayoría no quede consignada en ningún documento, monumento o tradición. El momento histórico que estamos viviendo, que estamos haciendo, no puede esperar a que nos decidamos a comprender que la realidad no es la que pensamos, sino la que se vive día a día en el diario quehacer colectivo. Quizá cuando comprendamos esto, podamos guiar a Costa Rica por caminos más racionales y más humanos, como entendemos lo pide nuestra Constitución Política."

FUENTES CITADAS

- 1 GUTIÉRREZ, Carlos. El proceso de reforma de la Enseñanza jurídica en la universidad de Costa Rica. 1964-1971. Conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo. Documento de texto. Disponibilidad: 378.728.6.F984c.
- 2 CASTRO FERNÁNDEZ, Juan. Crisis, acciones y soluciones de la enseñanza del derecho en Costa Rica. San José, C.R. Colegio de Abogados de Costa Rica., Instituto costarricense de ciencias jurídicas. 2001. pp 30-32.
- 3 LORÍN WEISENFELD. La Reforma a la enseñanza jurídica en la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. Informe al Internacional Legal Center. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1971. pp 55-58.
- 4 MACAYA, Gabriel. La calidad de la educación superior universitaria en Costa Rica. Revista Parlamentaria Vol 9. Numero 1, abril 2001. San José, Asamblea Legislativa. Pp 45-48.
- 5 Henry Issa El Khoury. Sobre la enseñanza del derecho penal. Revista 12, AGOSTO - 1996, AÑO 9, N° 12[en línea]. Visitada el 19/05/2008. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista12f.htm>