

El análisis económico del derecho y las estrategias de reconstrucción jurisprudencial como formas de innovación en la educación jurídica: el caso de la asignatura “constitucionalización del derecho privado”

Juan Jacobo Calderón Villegas



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



innova**CESAL**



Proyecto cofinanciado por la Unión Europea



UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Proyecto coordinado por la Universidad Veracruzana, México

2010



Proyecto cofinanciado
por la Unión Europea



Universidad Veracruzana

Proyecto coordinado
por la Universidad Veracruzana,
México

«La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso refleja los puntos de vista de la Unión Europea».



Esta obra está bajo la licencia de Reconocimiento-No comercial – Sin trabajos derivados 2.5 de Creative Commons. Puede copiarla, distribuirla y comunicarla públicamente, siempre que indique su autor y la cita bibliográfica; no la utilice para fines comerciales; y no haga con ella obra derivada.

El análisis económico del derecho y las estrategias de reconstrucción jurisprudencial como formas de innovación en la educación jurídica: el caso de la asignatura “constitucionalización del derecho privado”

Juan Jacobo Calderón Villegas

agosto de 2010

1. Introducción

La enseñanza jurídica constituye un asunto que se encuentra impactado, como es natural, por la comprensión que se tiene acerca del significado de la palabra derecho. Ese significado determina no sólo aquello que se enseña sino la manera en que ello se hace. Este planteamiento que podría denominarse, sugiero, tesis de la vinculación, permite caracterizar los contextos en los que la enseñanza del derecho se produce y a partir de ello comprender no sólo por qué las dinámicas de enseñanza son diversas sino también por qué, en ocasiones, existe una resistencia tan importante al ajuste en las modalidades pedagógicas.

Podría advertirse, como forma de ilustrar el planteamiento, que existen dos formas de comprender el derecho que han ocupado, en buena parte, una reciente disputa teórica en Colombia. Una de ellas podría sugerir que los ordenamientos jurídicos son sistemas de reglas relativamente claras las cuales se encuentran contenidas, ordinariamente, en disposiciones normativas expedidas por órganos con una clara competencia para ello. Esos ordenamientos, según esa perspectiva son relativamente completos, precisos y coherentes. Este enfoque podría denominarse *formalista*. Otra forma de comprender los ordenamientos jurídicos sugiere que ellos están compuestos por normas que, en algunos casos, resultan especialmente indeterminadas y por ello requieren de una precisión posterior por parte de la comunidad de intérpretes. Por lo tanto, según esta perspectiva, los sistemas jurídicos son naturalmente incompletos, ambiguos y especialmente contradictorios. Tal perspectiva podría calificarse enfoque antiformalista.

Este punto de partida es increíblemente fértil para explicar las formas de enseñar. Si se parte de la primera manera de comprender los ordenamientos jurídicos, la tendencia consistirá en privilegiar la enunciación y explicación de las reglas así como las diferentes relaciones que existen entre ellas. Si el objeto de estudio reúne las condiciones de completitud, precisión y no contradicción no existiría ninguna razón para intentar encontrar explicaciones en otras áreas del conocimiento y, adicionalmente, las fuentes de análisis jurídico más usadas serán aquellas donde pueden encontrarse de manera más clara las normas del sistema. Esta forma de abordar los fenómenos jurídicos ha tenido incidencia en gran parte de los modelos de aprendizaje y enseñanza del derecho. Tal incidencia se encuentra reflejada, por ejemplo, en la estructura de algunos de los manuales de derecho y, adicionalmente, en la importancia que se da al uso de los códigos en las actividades de enseñanza.

Si se parte de la segunda de las formas de definir los ordenamientos jurídicos, el objeto de estudio será complejo y mediado por enunciados lingüísticos cuyo entendimiento es problemático y en el cual, desde luego, tienen espacio estrategias de análisis diferente a aquellas concentradas en las explicaciones deónticas. De esta manera, se considerará que las maniobras pedagógicas ordinarias son insuficientes y, por ello, buscará apoyarse en formas de comprensión alternativas y en fuentes del derecho inusuales.

Las perspectivas expuestas constituyen, en verdad, un problema epistemológico en tanto se encuentran asociadas a la forma de conocer el derecho. Si ello es así, ellas se proyectan en los cursos que usualmente dictan los profesores de derecho. La tensión entre ambas formas de abordar los que se denominan problemas jurídicos se encuentran en tensión permanente: las tácticas para enfrentar la batalla pueden ser (i) privilegiar una de las perspectivas y negar la otra o (ii) reconocer la

validez de ambas e intentar formular una combinación que haga posible que el estudiante encuentre que su objeto, *además de ser complejo y precisamente por ello, permite ser visto desde diferentes perspectivas.*

La experiencia de esta batalla pedagógica fue sentida en el curso de constitucionalización del derecho privado que desarrollé durante el segundo semestre del año 2009 y los dos semestres del año 2010 en la Facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Para su desarrollo pudo constatar la urgente necesidad de elegir entre las rutas posibles para su abordaje optando, definitivamente, por acoger una fórmula pedagógica que tomara nota de los aportes de ambas formas de ver el ordenamiento jurídico e intentara ofrecerle al estudiante una visión más sincera, más real, menos pasiva, menos acrílica de lo que estaba pasando con la constitucionalización del derecho privado en Colombia.

Se trata de una asignatura electiva que se desarrolla durante 16 semanas con una intensidad semanal de dos horas presenciales y cuatro horas de trabajo autónomo. Los estudiantes que cursan esta asignatura requieren haber aprobado algunas asignaturas obligatorias del plan de estudios que se encuentran en el primer tercio del plan de estudios. Ello permite entonces contar con estudiantes que disponen de conocimientos y niveles de avance diferenciados pero que, en general, cuentan con conocimientos básicos de derecho constitucional y derecho privado.

A continuación se emprende la explicación de la metodología que, por no pretender generalidad, será presentada en algunas oportunidades en primera persona. Espero que el lector pueda comprender que aunque sobre bases teóricamente seguras, la metodología plantea inquietudes que deben ser asumidas por su autor.

2. Las alternativas de explicación de la constitucionalización del derecho privado y el impacto en los procesos de enseñanza

Lo que aquí se denomina “constitucionalización del derecho privado” designa el conjunto de acciones o procesos que tienen como efecto el impacto de la Constitución en el conjunto de normas que usualmente se agrupan bajo la denominación “derecho privado” (Bobbio Norberto, 1999). Este fenómeno, que se encuentra presente en la mayoría de sistemas jurídicos que cuentan con un texto constitucional con fuerza normativa y un tribunal encargado de guardar su integridad y supremacía, implica el nacimiento de importantes cuestiones en tanto se trata del encuentro de dos sistemas de normas; el derecho constitucional, por un lado, y el derecho privado, por otro, vinculados a formas de comprensión –a lógicas- diversas.

Así al derecho constitucional se le asocian funciones referidas a la satisfacción de intereses generales, a la ordenación del Estado y al cumplimiento de las exigencias derivadas de la denominada justicia redistributiva. Por el contrario, el derecho privado ordinariamente se vincula a la protección de intereses particulares, a la regulación de las actividades de transferencia de riqueza de los particulares y a la sujeción de las demandas de la justicia conmutativa.

Es muy importante que el lector comprenda que la concurrencia de estas dos áreas del derecho es especialmente problemática y genera en el estudiante dificultades para determinar (i) las fuentes aplicables, (ii) la estructura de las normas que debe emplear y (iii) la forma de articular las diferentes soluciones.

La comprensión del proceso de constitucionalización puede llevarse a cabo desde las dos dimensiones que han quedado caracterizadas en la introducción. Una de ellas, el enfoque formalista, privilegiaría preguntas del siguiente tipo al aprender la constitucionalización del derecho privado:

- ¿Cómo ha sido, según las normas vigentes, la solución de los casos en los que la constitución impacta asuntos de derecho privado?
- ¿Cuáles son las categorías jurídicas que permiten explicar el proceso de impacto de la Constitución en el derecho privado?

Esta perspectiva es la que se sigue con mayor ímpetu en las clases y estudios jurídicos tradicionales. Allí se examina entonces el derecho como un sistema de reglas que definen lo prohibido, lo permitido y lo ordenado contando con un extraordinario optimismo acerca de aquello que hacen las reglas –las reglas determinan claramente el comportamiento de sus destinatarios-. Se trata entonces el derecho como un problema deontológico, es decir, un problema de lo prohibido, de lo permitido y de lo ordenado –método formalista-.

No obstante la imposibilidad de generalizar el uso del modelo formalista no puede evitar decirse que gran parte del derecho pretende explicarse desde esa perspectiva y ello conduce, en ocasiones, al aislamiento del análisis jurídico de problemas relacionados, por ejemplo, con su eficiencia o su eficacia.

La metodología formalista fue agudamente atacada por influyentes corrientes críticas que -con el riesgo de generalizar- podrían agruparse bajo la denominación de antiformalismo según se expuso en la introducción. Los antiformalistas profesan una tremenda desconfianza acerca del papel que las normas cumplen en la determinación de aquello que es derecho. La crítica aquí descrita suscitó una enorme preocupación dado que dejaba al derecho vinculado a una especie de voluntarismo y, por ello, en el contexto del enorme escepticismo que se derivó de tal ataque, se propició el nacimiento de una extensa literatura que dirigió sus esfuerzos a ofrecer algunas alternativas de explicación del derecho. Allí se inscribe el origen de los trabajos más importantes de análisis económico del derecho, producto de abogados y economistas.

El giro hacia el análisis económico del derecho implica entonces la incorporación de categorías “ajenas” a los estudios de derecho y provenientes de la economía. De esta manera, el derecho se examina como un sistema de precios que, de una parte, debe tomar en cuenta la eficiencia –en términos económicos- de sus reglas y, adicionalmente, habrá de considerar que las normas constituyen –en tanto precios- un sistema de incentivos para sus destinatarios. A partir de lo señalado, el tipo de preguntas que se formulan desde esta perspectiva y alrededor de las cuales gira el aprendizaje son del siguiente tipo:

- ¿Cuáles son los incentivos que suscita la solución de un asunto de derecho privado a partir de normas constitucionales?
- ¿Cuál es el grado de eficiencia de la solución prevista para un asunto de derecho privado?

Este replanteamiento de la disciplina impone una agenda diversa para los procesos de enseñanza. La perspectiva formalista es ahora complementada por una especie de versión consecuencialista del derecho preocupada por otro tipo de asuntos. El amplio arsenal de categorías que ha ofrecido el análisis económico del derecho abre alternativas de comprensión más realistas del derecho que indican, por ejemplo, que tanto la creación de las normas como su efectiva aplicación se encuentran económicamente motivadas o pueden ser económicamente explicadas.

3. El aprendizaje basado en casos (abc) como metodología para la enseñanza de la constitucionalización del derecho privado

3.1 El curso de constitucionalización del derecho privado tiene entonces dos puntos de partida de enorme importancia para determinar las metodologías de enseñanza específicas. En primer lugar, el impacto constitucional en el derecho privado se produce a través de normas con un nivel de indeterminación especialmente alto que impiden, entonces, predicar precisión, coherencia y claridad en las soluciones posibles. En segundo término, la concurrencia del derecho constitucional y el derecho privado para solucionar un caso específico suscita una discusión entre soluciones fundadas en la justicia distributiva y la justicia conmutativa y, por ello, las preguntas sobre la eficiencia o ineficiencia resultan especialmente relevantes.

Planteado de otra forma, la constitucionalización del derecho privado supone dos cuestiones: Al ser dominado por normas especialmente abiertas e indeterminadas la solución de los casos no se encuentra claramente en ellas. Las respuestas se encuentran mediadas por una intensa actividad de la comunidad de intérpretes y, en particular, por una activa participación de los jueces (Relevancia de

la reconstrucción jurisprudencial). Adicionalmente, al concurrir dos sistemas normativos, determinados por valores diferentes e incluso contrapuestos, la intervención de formas alternativas para comprender los problemas puede ofrecer rutas de mayor claridad (Relevancia del Análisis Económico del Derecho)

En este escenario, la mejor forma de abordar el curso consistió en emplear el aprendizaje basado en casos. A través de esta metodología se consigue captar la complejidad de los problemas que plantea la constitucionalización y, al mismo tiempo, mostrar la funcionalidad del análisis económico del derecho para su explicación.

El aprendizaje basado en los casos (ABC) de la constitucionalización permite, de una parte, implementar metodologías de reconstrucción jurisprudencial para explicar lo que ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional, a lo largo del tiempo, en relación con un problema específico. Adicionalmente, de otra, el ABC permite examinar la eficiencia o ineficiencia de las soluciones establecidas así como los incentivos que de tales soluciones se siguen. De esta manera se trata de dos sub-estrategias pedagógicas que permiten desarrollar competencias de investigación y, adicionalmente, hacer explícitas formas de pensamiento complejo.

3.2 El ABP a partir de un banco de casos derivado del conjunto de decisiones de la Corte Constitucional colombiana se desarrolló, en el curso de constitucionalización del derecho privado, siguiendo los siguientes pasos.

3.2.1 Identificación del grupo de casos a partir de jurisprudencia asociada a la “constitucionalización del derecho privado”

Previamente al inicio del curso y desde la entrega del programa de la asignatura se determinó un grupo de casos que, además de vincularse con el objeto de la asignatura, podía resultar especialmente sensible al AED. Entre los asuntos cobijados por los casos se encuentran, entre otros, los siguientes:

- Contratos bancarios
- Contratos de aseguramiento
- Contratos de salud
- Propiedad horizontal
- Responsabilidad de los accionistas
- Autonomía de los clubes sociales y derecho de admisión
- Títulos valores
- Derecho del consumo

3.2.2 Caracterización y comparación de los casos

De acuerdo a la lectura previa de la jurisprudencia constitucional, cada uno de los estudiantes deberá caracterizar adecuadamente los casos, identificando los hechos relevantes e irrelevantes así como las categorías jurídicas que han sido empleadas para su solución. En esta actividad, dirigida por el profesor, se espera propiciar el desarrollo de lecturas profundas y que, adicionalmente, pudieran conectarse con los casos precedentes.

Este proceso se acompañó de la modificación de algunas de las particularidades de los casos estudiados en la jurisprudencia constitucional a fin de que el estudiante determinara la posibilidad de asimilarlo o la necesidad de diferenciarlo de los anteriores. De esta manera, se articulaba el aprendizaje basado en casos y el denominado aprendizaje significativo.

3.2.3 Identificación, interpretación y crítica de las normas jurídicas aplicables a los “casos”.

Este nivel implicaba el examen jurídico “tradicional”. Asignar significado y relacionar el alcance de las reglas definidas por la jurisprudencia constitucional para solucionar los casos de derecho privado es la primera de las gradas y través de ellas se desarrollan competencias interpretativas y argumentativas. En la segunda de las gradas, los estudiantes debían evaluar críticamente cada una

de las soluciones establecidas. Para ello contaban con habilidades que habrían adquirido en semestres precedentes y, en particular, disponían ya de la capacidad de observar la constitucionalización del derecho privado no sólo desde la perspectiva de la teoría constitucional, sino también desde la teoría del derecho privado.

La adecuada identificación de las reglas constituía una condición necesaria para el siguiente nivel de análisis en el que las normas se *transforman* en precios que debían ser vistos desde su eficiencia y desde su capacidad de actuar como incentivos.

3.2.4 Identificación de la eficiencia de las normas (precios) y de los incentivos que generan.

Identificadas las soluciones o reglas para cada caso y determinada la posibilidad o no de extenderlas a casos diferentes, en este nivel se llevaba a cabo el examen de tales reglas desde una perspectiva de la eficiencia o desde una perspectiva de los incentivos que ellas suscitan en sus destinatarios.

Los resultados de este punto del proceso de aprendizaje permitían cotejar el problema de la constitucionalización como un asunto complejo. Ello es así dado que (1) hacían posible su revisión desde las categorías del AED –combinando disciplinas-, (2) contribuían al desarrollo de generalizaciones susceptibles de extenderse a otros supuestos y (3) suscitaban incertidumbre acerca de la capacidad del derecho para transformar la realidad en tanto se demostraba la existencia de incentivos poderosos –por ejemplo la relación costo/beneficio- para motivar su incumplimiento. De esta manera lograba demostrarse de manera clara la complejidad presupuesta en esta forma de enseñanza.

Considerando que la perspectiva que se proponía era especialmente básica, el nivel de análisis propuesto desde la perspectiva del AED se vinculaba a competencias interpretativas y argumentativas. Ello implicó que no se exigía una perspectiva crítica de las categorías del AED sino, exclusivamente, su comprensión y posterior uso en la revisión de las reglas de la constitucionalización del derecho privado. Este análisis se realizó, fundamentalmente, con el uso de las herramientas analíticas de la economía de la información y de la tesis agente /principal.

3.2.5 Implementación de la estrategia de reconstrucción jurisprudencial.

En el paso 3.2.3 el estudiante debía identificar las normas jurídicas aplicables. Tratándose de una asignatura en la que los problemas han sido abordados con normas especialmente indeterminadas, la jurisprudencia constitucional se convirtió en una fuente fundamental para su comprensión. Siendo ello así, el estudiante debía adelantar reconstrucción jurisprudencial a través de la presentación de líneas jurisprudenciales. Esta reconstrucción estaba precedida de actividades orientadas a promover la adquisición de competencias para la formulación de problemas jurídicos y, adicionalmente, para la identificación de las fuentes que resultan relevantes.

La elaboración de líneas jurisprudenciales establecía entre sus propósitos que el investigador-estudiante reconstruyera la historia de las soluciones que se habrían dado a un problema jurídico identificando las diferencias entre ellas y estableciendo –lo que resulta de gran interés en la práctica- la solución actual de acuerdo con el sistema de fuentes colombiano.

La metodología para la elaboración de líneas jurisprudenciales ha sido diseñada en Colombia en el libro el “Derecho de los Jueces” (López Medina, 2007). Este trabajo se ha apoyado en el planteamiento teórico y práctico del referido libro. Un ejemplo de caso, propuesto durante el segundo semestre del año 2010 era el siguiente:

EJEMPLO CASO 1

DERECHO DE INGRESO A SOCIEDADES COMERCIALES

En los estatutos de una sociedad comercial de responsabilidad limitada dedicada al desarrollo de actividades editoriales, se establece que la admisión de cualquier nuevo socio, además de estar condicionada al derecho de preferencia por parte de los otros socios, sólo resulta posible si quien pretende hacer parte de la sociedad no pertenece al partido conservador.

¿Es constitucionalmente admisible esta cláusula? ¿La solución cambia si se trata de una sociedad anónima? ¿Qué ocurriría en el caso de una sociedad colectiva?

Para la formulación de las respuestas y siguiendo la metodología propuesta por Diego E. López Medina en el derecho de los Jueces, debe construir una línea jurisprudencial a partir de la cual se defina la solución del caso. Para el efecto además de precisar el punto arquimédico debe identificar por lo menos (i) la sentencia fundadora, (ii) la totalidad de las sentencias hito, (iii) algunas sentencias confirmatorias.

Este caso no ha sido resuelto por la Corte Constitucional. En consecuencia la construcción de la línea jurisprudencial debe partir del examen de la analogía o disanalogía con otros casos.

Allí se establece una estrategia de reconstrucción jurisprudencial que puede resultar especialmente útil para el investigador. Simplificando la metodología, pueden establecerse tres momentos de elaboración de la línea que el estudiante debía seguir.

- **Momento 1. Definición del punto arquimédico y desarrollo de ingeniería en reversa:**

Al estudiante le correspondía identificar cuál era el material jurídico más reciente que había abordado el problema cuya solución debía encontrar. Es posible que en esta etapa el estudiante constatará que en relación con el problema formulado, no existía material jurídico alguno que lo regule de manera clara.

Podía entonces ocurrir que el estudiante no hallara material jurídico alguno –fuentes del derecho– que resolviera ese específico problema. En ese momento, el estudiante debía intentar llevar a cabo las analogías que resultarán necesarias con un caso para el cual se hubiere establecido una solución en alguna de las fuentes del derecho. De no conseguirlo, conclusión que es inusual, debería ensayar metodologías diferentes para la solución del caso.

Identificada la fuente pertinente, la ingeniería en reversa consistía en reconstruir la estructura de citas a fin de establecer cuáles eran los materiales que habían sido utilizados a lo largo del tiempo para definir la solución del caso. La ingeniería en reversa se podía desarrollar en varios niveles lo que permitía, como era natural, la ampliación de las fuentes usadas.

- **Momento 2. Composición del nicho citacional**

En este momento el estudiante debía ordenar los materiales jurídicos obtenidos en el proceso de ingeniería en reversa identificando su relevancia específica para la solución del caso y determinando, al mismo tiempo, cuáles de ellos resultaban determinantes, a lo largo del tiempo, para la solución específica del caso. En este momento el investigador-estudiante abordaba el siguiente tipo de cuestiones:

- ¿Cuál es la fuente que definió, por primera vez, la solución del problema? (Fuente fundadora)
- ¿Cuáles son las fuentes que, posteriormente, han modificado la solución dada por la fuente fundadora? (Fuentes hito)
- ¿Cuáles son las fuentes que se han limitado a confirmar la solución dada por las fuentes hito?
- ¿Cuál es la fuente que define, en la actualidad, la solución del problema específico?
- ¿Qué tipo de relaciones existen entre las diferentes fuentes?

A partir de estas preguntas y frente al problema específico planteado, el investigador-estudiante debía ordenar las fuentes a partir de las preguntas planteadas. Los resultados de esta segunda etapa le permitirán contar con los insumos para continuar con la última fase en la cual, a través de una narración completa, explicaba la evolución del problema permitiéndole al lector comprender el estado actual del asunto.

- **Momento 3. Reconstrucción de la línea jurisprudencial:**

El último momento de la fase 3 representaba la materialización de la actividad investigativa previa en un ensayo –más o menos descriptivo- que representa el estado del problema. El ensayo exigía una narración debidamente documentada (i) que destacara los momentos más importantes del proceso de definición de la solución actual, (ii) que anunciara los factores que pudieron haber incidido en ese proceso y, finalmente, (iii) que precisara las inquietudes o indeterminaciones que se han suscitado.

4. La evaluación

Las sub-estrategias utilizadas a partir del ABC (análisis económico de normas y reconstrucción jurisprudencial), no fueron evaluadas en idénticos momentos. En cada uno de los semestres se evidenció un énfasis mayor en cada una de ellas. Ellas se presentan integradas en este documento dado que podrían ser combinadas con el propósito de obtener mejores rendimientos. Adicionalmente, es claro que muchas de las competencias son compartidas en cada una de las estrategias planteadas tal y como ocurre con las competencias de formulación de problemas.

Para llevar a cabo la evaluación se emplearon las siguientes dos matrices que representan las competencias cuyo desarrollo se pretendía:

4.1 sub-estrategia de análisis económico del derecho

4.1.1 Competencias desde la dimensión jurídica

Descripción
El estudiante identifica adecuadamente, en relación con la constitucionalización del derecho privado, las reglas de solución de cada caso expresando las proposiciones correctas.

El estudiante puede abstraer adecuadamente las categorías jurídicas que fundamentan la solución de casos de constitucionalización del derecho privado estableciendo, al mismo tiempo, relaciones con categorías jurídicas derivadas de casos anteriores
El estudiante cuenta con la capacidad de identificar adecuadamente los hechos relevantes (importantes) e irrelevantes (no importantes) de los casos de constitucionalización del derecho privado y, a partir de allí, tiene la habilidad de diferenciar o asimilar los casos nuevos de los casos anteriores.
El estudiante cuenta con la capacidad de juzgar la corrección o incorrección de las reglas de solución adoptadas en casos de constitucionalización

4.1.2 Competencias desde la dimensión económica

Descripción
El estudiante se encuentra en capacidad (i) de identificar los incentivos o desincentivos que se derivan de las reglas de solución de casos de constitucionalización del derecho privado y (ii) de expresar las consecuencias posibles de su existencia
El estudiante se encuentra en capacidad de establecer si a partir de las categorías del AED las reglas de solución de casos de constitucionalización del derecho privado son económicamente eficientes.
El estudiante cuenta con la habilidad para establecer relaciones entre las diferentes categorías del análisis económico del derecho definiendo su aplicación a los nuevos casos de constitucionalización.

4.1.3 Resultados generales obtenidos

Después de la implementación de la estrategia y a pesar de las dificultades que existieron por el relativo desconocimiento inicial del análisis económico del derecho, los resultados generales de las competencias son los siguientes:



4.1.4 El desarrollo de la estrategia permite plantear las siguientes conclusiones que expresan el análisis de su implementación y que permiten constatar las dificultades más importantes:

- a) El análisis económico del derecho en sus dimensiones teóricas y metodológicas es, en general, desconocido por los estudiantes que ingresan al curso. Ese desconocimiento parece obedecer, en general, a una orientación marcadamente deontológica o dogmática en las etapas previas de formación. Es posible considerar como hipótesis que la formación jurídica actual se encuentra impactada por un marcado formalismo que se asocia, desde una perspectiva pedagógica, con el predominio de actitudes pasivas. Si bien esa hipótesis no puede generalizarse, ella se constata en el curso de constitucionalización del derecho privado.
- b) El primer abordaje desde la perspectiva del análisis económico del derecho es, en consecuencia, particularmente intuitivo y confuso. Existe un riesgo claro de confundir la perspectiva referida con el denominado derecho económico.

Los estudiantes manifestaron la necesidad de una introducción preliminar a fin de precisar el alcance y los objetivos del análisis económico del derecho.

- c) No obstante lo anterior, a medida que establecen contacto con las categorías y las emplean para abordar casos cuyas variables pueden ser modificadas, inicia la comprensión de su utilidad y alcance. El aprendizaje basado en casos contribuye a mantener el interés de los estudiantes y a optimizar la comprensión de los fenómenos que se abordan.
- d) En cualquier caso, es evidente que existe un riesgo de debilitamiento en la demostración de competencias adquiridas previamente cuando ellas son combinadas con aquellas que se vinculan al análisis económico del derecho. Ese riesgo, sin embargo, puede reducirse cuando el estudiante sin perder de vista la idea de complejidad del fenómeno, consigue diferenciar entre la perspectiva deontológica y la mirada económica. En las clases magistrales se insiste en ello.

En este punto y en una forma que resulta especialmente interesante, el estudiante puede constatar la existencia de respuestas opuestas según se privilegie una u otra perspectiva. Esto constituye un punto de partida o un giro metodológico de gran importancia. Ello fue reconocido expresamente por los estudiantes al manifestar su opinión sobre el curso.

4.2 Subestrategia de reconstrucción jurisprudencial

4.2.1 Competencias para la formulación de problemas

DESCRIPCIÓN
El estudiante tiene la capacidad de formular un problema de constitucionalización del derecho privado integrando sus conocimientos o experiencias previas de aprendizaje en derecho constitucional, derecho civil y derecho comercial.
El estudiante tiene la capacidad de integrar al problema jurídico categorías propias del análisis económico del derecho.
El estudiante tiene la capacidad de diferenciar entre patrones jurídicos y fácticos relevantes para delimitar adecuadamente un problema jurídico.

4.2.2 Competencias para la identificación de materiales jurídicamente relevantes

DESCRIPCIÓN
El estudiante cuenta con la capacidad de elegir las diferentes fuentes que podrían resolver el problema jurídico planteado utilizando, al mismo tiempo, criterios adecuados para desecharlas o confirmarlas.
El estudiante se encuentra en capacidad de determinar el grado de cercanía y poder de capación de las fuentes identificadas respecto del problema jurídico identificado.
El estudiante cuenta con la habilidad para identificar relaciones de contradicción, complementación, precisión o reiteración entre los diferentes materiales jurídicos relevantes.

4.2.3 Competencias para la reconstrucción jurisprudencial

DESCRIPCIÓN
El estudiante tiene la capacidad de identificar la fuente más reciente que haya abordado el problema planteado, llevando a cabo analogías o disanalogías.
El estudiante cuenta con la capacidad de llevar a cabo procesos de ingeniería en reversa que tengan como resultado la construcción de nichos citacionales relativamente amplios.

El estudiante tiene la capacidad de formular una línea jurisprudencial a partir de la cual aclara la evolución que ha tenido la respuesta a un problema jurídico a lo largo del tiempo.

4.2.4 Resultados generales obtenidos

Los resultados que dan cuenta del desarrollo general de las competencias en la estrategia de reconstrucción jurisprudencia son los siguientes:

4.2.5 El desarrollo de la estrategia permite plantear las siguientes conclusiones que expresan el análisis de su implementación y que permiten constatar las dificultades más importantes:

Después de adelantar las actividades de la estrategia a lo largo del semestre es posible presentar las siguientes conclusiones:

- a) La formación en competencias investigativas exige que el docente se ocupe con mucho detenimiento de la pregunta ¿Cómo arriban los estudiantes a los resultados obtenidos?
- b) Esta conclusión resulta de lo ocurrido en el curso de constitucionalización del derecho privado, dado que la evaluación se concentró en el resultado final y no en la totalidad del procedimiento investigativo, surgiendo limitaciones para la evaluación de cada una de las etapas.
- c) La propuesta pedagógica a la que alude este documento, debe corregirse estableciendo mecanismos adecuados para evaluar, en particular, los primeros dos momentos de la Fase 3 de la investigación.
- d) Una evaluación más detenida de ese proceso podría ofrecer claridad acerca de las dificultades a las que se enfrentan los estudiantes y a la manera en que las resuelven. Igualmente podría ofrecer una respuesta adecuada a las razones por las cuales los procedimientos de analogía y disanalogía resultan defectuosos. La capacidad de diferenciar o igualar los casos resulta fundamental en la propuesta que se hace dado que la complejidad de las situaciones y relaciones reguladas por el derecho así como el carácter explosivo del sistema de fuentes, exige tener claridad acerca de la posibilidad o no de aplicar una regulación específica a un caso que, aunque sin ser idéntico, podría asimilarse de manera relativa
- e) En la formación de abogados y a fin de obtener mejores resultados en los vínculos docencia e investigación, es necesario enfrentar la idea de acuerdo con la cual la investigación jurídica profunda puede no resultar necesaria en el ejercicio de la profesión. Esta idea afecta el conjunto de incentivos que pueden tener los estudiantes para asumir un curso que tiene como propósito explícito vincular docencia con investigación. Resulta imprescindible evidenciar que en la *práctica* es necesario contar con capacidades para formular problemas, para identificar materiales jurídicos relevantes y para reconstruir la historia de la solución dada a un problema específico

5. Bibliografía

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. México : Fondo de Cultura Económica, 1999

BERNAL, Carlos. El Derecho de los Derechos. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2005.

CÁRDENAS, Mauricio y BADEL, Alejandro. La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: causas y consecuencias". Consultado el 15 de julio de 2009. Consultado en <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubWP-500.pdf>.

COOTER R. y ULLEN T. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica : Mexico.1999.

CHABLÉ-SANGEADO J.J. Las Teorías de la información y el funcionamiento del mercado del crédito. Hitos de Ciencias Económico Administrativa. Consultado 4 de agosto de 2008. Disponible en <http://www.ujat.mx/publicaciones/hitos/ediciones/34/finanzas.pdf>,

ESTRADA, Alexei Julio. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá : Universidad Externado de Colombia 2000.

KALMANOVITZ, Salomón. Los efectos económicos de la Corte Constitucional. Consultado el día 30 de abril de 2009. <http://quimbaya.banrep.gov.co/junta/publicaciones/salomon/K-EfectosCorte.pdf>.

LOPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá : Ed. Legis. 2008

LLEWELLYN, Karl. Una teoría del derecho realista: el siguiente paso. En : MORESO, Juan y CASANOVAS, Pompeu En el Ámbito de lo Jurídico. Madrid : Ed. Crítica, 1994.

MANTILLA, Fabricio y otros. Constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá. U del Rosario – U. Externado – Association Andrés Bello. 2007.

ROSS, Alf. Teoría de las Fuentes del Derecho. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.

UPRIMNY, Rodrigo. Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. Consultado el 15 de agosto de 2009. Disponible en http://dspace.icesi.edu.co/dspace/bitstream/item/417/1/cap1c-ruprimny-legiti_convenien.pdf

PEREZ S. Mauricio. Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana desde la vigencia de la carta política de 1991 hasta 2003. Consultado el día 10 de abril de 2009. Disponible en <http://Mauricio%20Perez%20Salazar%20No.%2021>.

POSNER, R. El Análisis Económico del Derecho. México : Fondo de Cultura Económica. México, 2000.

VENEGAS, Alejandro y otros. Estudios de Derecho Privado Tomos I y II. Bogotá : Universidad del Rosario. 2009.