

La reconstrucción jurisprudencial como estrategia para la adquisición de competencias de investigación en un curso de 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

2011



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.

La reconstrucción jurisprudencial como estrategia para la adquisición de competencias de investigación en un curso de constitucionalización del derecho privado

Juan Jacobo Calderón Villegas

Resumen

La vinculación de la docencia y la investigación en el curso de constitucionalización del derecho privado tiene como propósito fundamental promover el desarrollo de competencias básicas para formular y resolver problemas asociados con las conexiones entre el derecho constitucional y el derecho privado. Su ejecución, valiéndose de la experiencia académica previa de los estudiantes en el derecho civil, comercial y constitucional (aprendizaje significativo) y utilizando casos semejantes –alterados en elementos básicos- a los resueltos por la Corte Constitucional (aprendizaje basado en casos), pretende que los estudiantes (i) identifiquen asuntos problemáticos en la relación público/privado –apoyándose cuando es posible en el análisis económico del derecho-, (ii) delimiten los materiales jurídicos relevantes para su solución y (iii) construyan *líneas jurisprudenciales* a partir del análisis dinámico/estático del precedente constitucional.

1. Contexto de la intervención

1.1 Descripción General

La aproximación en materia investigativa de los estudiantes que cursan la asignatura, ordinariamente se ha desarrollado con diferente intensidad. Algunos de ellos identifican la investigación, dado que así la han desarrollado, como una actividad de “búsqueda en libros”. Otros estiman que la actividad de investigación se despliega en escenarios ajenos al salón de clases y se materializa, por ello, en grupos o semilleros de investigación. De acuerdo con ello, puede decirse que, en general, se perciben vínculos débiles entre la docencia –ejecutada en clase- y las actividades de investigación. Ello podría tener como causa que en cada curso no se hace explícita la pretensión de vincular ambos niveles de aprendizaje o que, por el contrario, tal vínculo es excesivamente básico.

1.2 La investigación como problema de “investigadores” y la “investigación como problema de “abogados”

Es posible encontrar en la práctica pedagógica dos visiones acerca del lugar de la investigación desde el punto de vista profesional. Algunos sostienen que la investigación es relevante para aquellos cuyo oficio es la actividad *no práctica*. De esta manera, esta forma de aproximarse a la *verdad* se encuentra sometida a una especie de monopolio por parte de los profesores universitarios y, en especial, por parte de aquellos profesores cuya dedicación al trabajo universitario es especialmente alta.

Este punto de partida tiene como efecto, en ocasiones, descartar la relevancia de la investigación *profunda* en la vida práctica de los abogados y, de esta manera, su resultado consiste en reducir la visibilidad de su importancia en el ejercicio de la profesión.

Otros estiman, por el contrario, que en todos los momentos de ejercicio de la profesión se demanda del abogado el desarrollo de prácticas investigativas relativamente complejas cuya finalidad, si bien puede

· Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

no encontrarse en el incremento general del conocimiento, si intenta dar respuesta a problemas específicos que se proponen en los diferentes escenarios de ejercicio.

Estos dos modelos opuestos no son, sin embargo, correctos. En la actualidad las fuentes del derecho, esto es, los materiales jurídicos escritos y no escritos a partir de los cuales se resuelven jurídicamente los problemas, son prácticamente inabarcables. Por ello, tanto en la investigación universitaria como en el ejercicio de la profesión, los abogados se encuentran sometidos a problemas vinculados con (i) la adecuada formulación de un problema a partir del cual iniciar la aproximación a las fuentes relevantes, (ii) la identificación de las fuentes que, en efecto, pueden ser pertinentes (Ley, Decretos, Jurisprudencia Constitucional, Jurisprudencia Ordinaria, Costumbre, Principios Generales del Derecho) y, finalmente (iii) la ordenación de las fuentes precisando el tipo de soluciones que se ofrecen y determinado las relaciones entre ellas.

Lo anterior sugiere, entonces, que el desarrollo de competencias investigativas no puede considerarse dominado por los “investigadores jurídicos”. Se trata de un asunto que incide notablemente en la práctica de los abogados y es necesario hacerlo explícito en los cursos de derecho. Los abogados deben encontrarse en capacidad de formular problemas –preguntas- relevantes-, deben contar con la capacidad de seleccionar o descartar las fuentes pertinentes y requieren contar con la aptitud de reconstruir la historia de las fuentes para solucionar aquellos problemas que en la investigación teórica y en la investigación práctica se presentan.

El planteamiento que ahora se hace obedece también a profundos problemas epistemológicos derivados, según se destacó, del estado actual del sistema de fuentes en el derecho colombiano. Los canales de producción del derecho se han intensificado de manera dramática y, por ello, la definición de la solución *correcta* de un caso es cada vez más difícil. La forma de conocer el derecho, asociado históricamente a la existencia de códigos que pretendían regular de manera coherente, completa y precisa todas las situaciones, ha venido siendo sustituida por un relativo *descontrol* de las fuentes que desencadena, nuevamente se insiste, un difícil panorama para el derecho.

2. Descripción de la intervención

En el contexto de la intervención descrito, se ha puesto de presente el tipo de problemas a los que los investigadores en derecho –con independencia de la finalidad de la investigación- se enfrentan. Es por ello central que un curso de constitucionalización del derecho privado se ocupe de enfrentar su objeto examinando los tres tipos de problemas asociados con la investigación: (i) la formulación de problemas, (ii) la identificación de materiales relevantes y (iii) la ordenación y relacionamiento del material relevante. Teniendo ello como punto de partida, los objetivos de la intervención pueden resumirse así:

Promover el desarrollo de competencias básicas de investigación para formular y resolver los problemas asociados a la constitucionalización del derecho privado en Colombia.

OBJETIVO I Capacidad de formulación de problemas relativamente complejos incorporando, cuando sea relevante, las categorías del análisis económico del derecho	OBJETIVO II Capacidad de identificación de los materiales jurídicos relevantes para la solución de problemas	OBJETIVO III Capacidad de construcción de líneas jurisprudenciales a partir del análisis estático y dinámico del precedente
--	--	---

Tal y como puede constatarse, las competencias cuyo desarrollo se pretende en el curso intentan responder a las tres dificultades de investigación a los que se enfrenta un abogado. Tales dificultades se encuentran entre la formulación adecuada de un problema y la presentación correcta de una respuesta. La estrategia intenta entonces que ese tránsito se lleve a cabo de manera adecuada. A continuación se presentan las tres fases de la intervención.

2.1 Fase 1: competencia para la formulación de problemas

La formulación de problemas jurídicos reviste, además de muchas otras, al menos dos dificultades. De un lado, el investigador corre el riesgo de formular problemas con tal nivel de generalidad que no le resulte posible identificar la diversidad de supuestos existentes y, como consecuencia de ello, puede concluir suponiendo analogías entre los diferentes casos. Un excesivo nivel de generalidad le impide al investigador conocer adecuadamente la realidad dado que, siendo esta compleja, las respuestas obtenidas podrían ser cuestionadas fácilmente a partir de las particularidades de los casos o problemas. De otro lado, puede tenerse la *tentación* de formular problemas excesivamente específicos que ante la modificación del supuesto al que ha pretendido darse respuesta puede resultar insuficiente para explicar otros casos cercanos (eventualmente análogos). El primer riesgo puede denominarse riesgo de excesiva analogía. El segundo puede enunciarse como riesgo de excesiva disanalogía.

Esta primera fase toma nota de los riesgos y entonces intenta, a partir de los conocimientos previos del estudiante, ir modelando la manera de formular problemas. El estudiante debe ir identificando si un determinado patrón fáctico o jurídico de un caso de constitucionalización del derecho privado es relevante o no para la formulación de un problema particular.

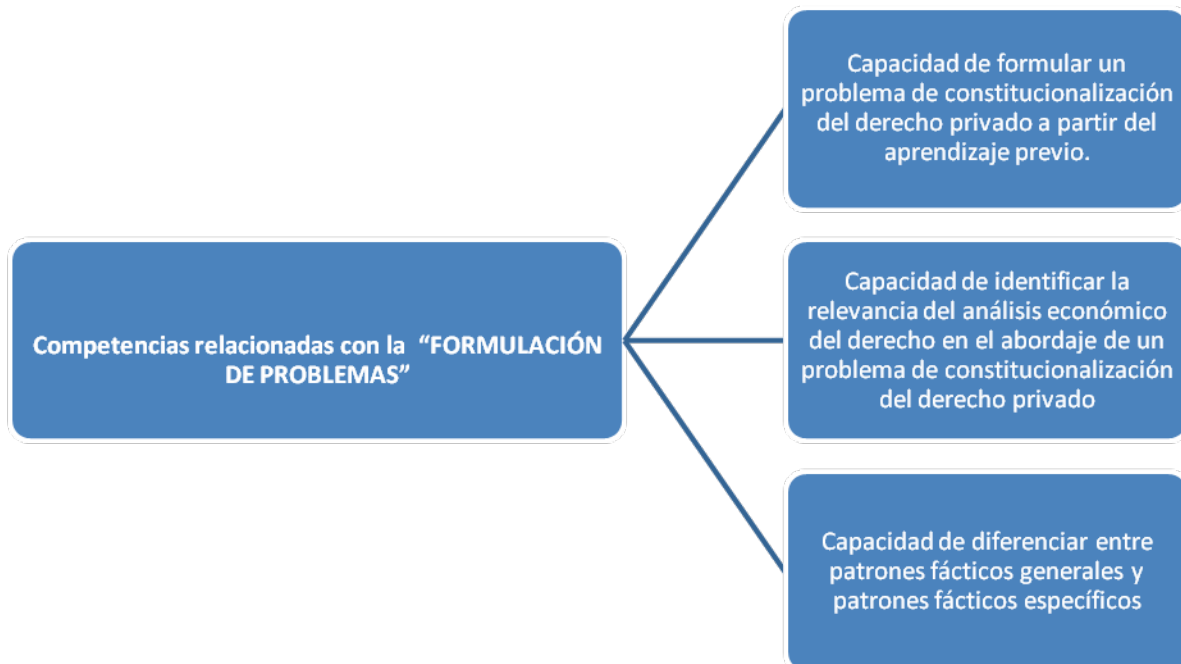
Con el propósito de adelantar esta fase, a través de las diferentes clases se toman como punto de partida casos que para los estudiantes puedan resultar familiares bien por su cercanía a cuestiones de la vida o bien por su conocimiento previo durante la actividad académica en la Facultad. Ello permite entonces articular la fase de formulación de problemas con el denominado aprendizaje significativo.

Como se ha dicho, la formulación de los problemas puede tener diferentes niveles de abstracción. En un primer momento se identifican problemas con patrones fácticos relativamente generales y, a partir de ellos, a continuación son formulados problemas con patrones fácticos relativamente específicos.

Por ejemplo, en un primer momento y en relación con el tema “Constitucionalización de la actividad de las asociaciones privadas” el propósito es que los estudiantes puedan adquirir las competencias requeridas para el planteamiento de problemas del siguiente tipo:

- a) ¿Puede una asociación privada negar el ingreso de una persona atendiendo rasgos o consideraciones familiares? (ALTO GRADO DE GENERALIDAD)
- b) ¿Puede un **club social** negar el ingreso de una persona atendiendo rasgos o consideraciones familiares? (RELATIVO NIVEL DE GENERALIDAD)
- c) ¿Puede una **sociedad comercial de responsabilidad limitada** negar el ingreso de una persona atendiendo rasgos o consideraciones familiares? (RELATIVO NIVEL DE GENERALIDAD)
- d) ¿Puede una **sociedad comercial de responsabilidad limitada o un club social** negar el ingreso de una persona atendiendo su condición de hijo extramatrimonial o de compañero(a) permanente? (RELATIVO NIVEL DE ESPECIALIDAD)

La competencia entonces se adquiere a lo largo del curso y se concreta en la capacidad de formular problemas con diferentes niveles de generalidad. Pueden resumirse así las competencias que se esperan del estudiante en esta fase:



2.2 Fase 2: Competencia para la identificación de materiales jurídicos relevantes

La actividad de investigación jurídica requiere, tal y como ocurre en otras disciplinas, la adecuada identificación de los materiales jurídicos que se requieren para la solución de los problemas previamente formulados. Esta identificación es ordinariamente compleja dado que para un mismo caso pueden concurrir diferentes materiales jurídicos. Esto exige entonces que los estudiantes puedan, con claridad, determinar esos materiales y, posteriormente, ir confirmando o desechando su pertinencia.

La constitucionalización del derecho privado plantea de manera especial el problema referido a la identificación y elección de fuentes. Ello es así porque los casos de “derecho privado” se encuentran regulados ordinariamente por el Código Civil o por el Código de Comercio y, en consecuencia, por la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la constitucionalización sugiere que los casos privados “constitucionalizados” terminan siendo regulados por el texto de la Constitución y por la jurisprudencia constitucional.

De otra forma dicho, en el caso de la constitucionalización del derecho privado, el problema de la identificación de las fuentes del derecho se acentúa de manera especial dado que concurren dos tipos de fuentes que, ordinariamente, no tienen relevancia para solucionar el mismo caso. Es importante también considerar que las fuentes en estos casos revisten formas muy diferentes si se tiene en cuenta que, al paso que las normas de derecho privado usualmente tienen una baja apertura en su significado, las normas de la Constitución, en tanto lenguaje político, tiene niveles de indeterminación particularmente altos.

Adicionalmente, las fuentes que concurren en los casos que son objeto de análisis en este curso pueden suponer diferentes relaciones. En algunos casos, se trata de relaciones de precisión, en otros de relaciones de complementariedad y, adicionalmente, en algunos casos se presentan relaciones de contradicción.

El establecimiento general del tipo de relaciones entre las fuentes, completa entonces el ciclo de la fase de formación de la competencia para la identificación de los materiales jurídicos relevantes.

De esta manera las preguntas sobre las fuentes que en este paso deben contestarse:

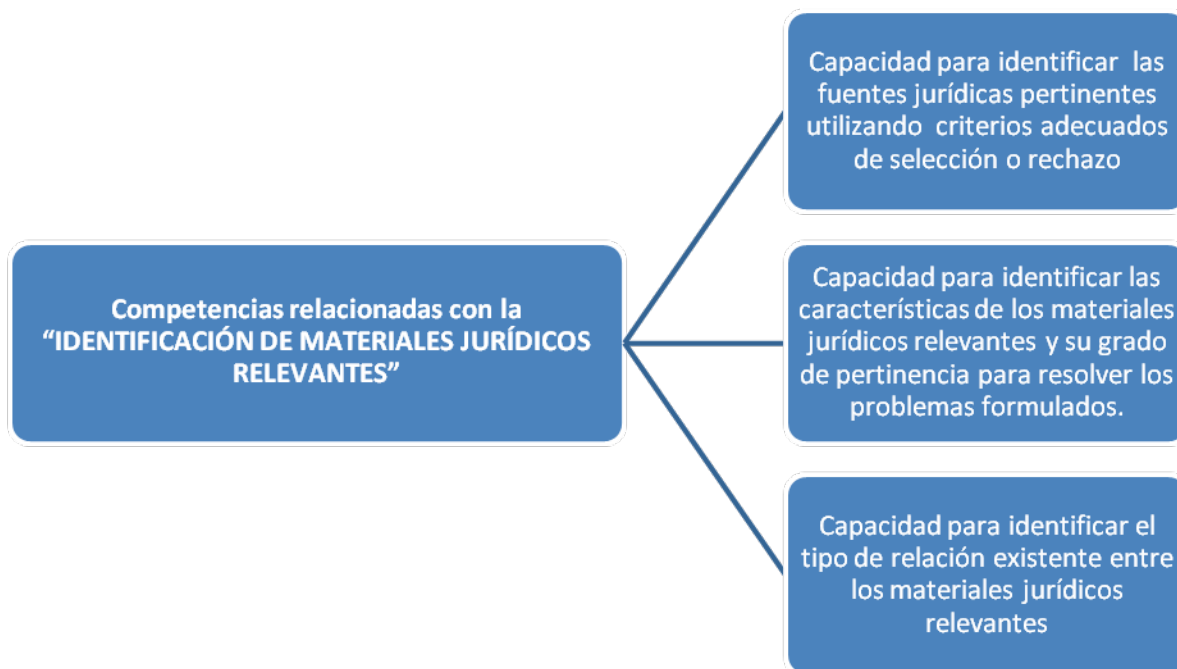
¿Cuáles son las fuentes?

¿Cómo son las fuentes?

¿Cuáles son las diferentes relaciones entre las fuentes?

La segunda fase tiene como propósito, se insiste, la adquisición de competencias en la identificación de las fuentes permitiendo, al mismo tiempo, la diferenciación de todas ellas en función de las características que unas y otras tienen para precisar, finalmente, el tipo de relaciones generales entre unas y otras.

Los objetivos específicos de esta fase de la estrategia pueden resumirse así:



2.3 Fase 3: competencia para la reconstrucción jurisprudencial a partir de la elaboración de líneas jurisprudenciales

La elaboración de líneas jurisprudenciales tiene como propósito que el investigador reconstruya la historia de las soluciones que se han 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"¹.

Este trabajo se ha apoyado en el planteamiento teórico y práctico del referido libro.

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 debe seguir para solucionar el problema definido en la FASE 1 y cuyas fuentes han sido precisadas, de manera general, en la FASE 2.

2.3.1 Momento 1. Definición del punto arquimédico y desarrollo de ingeniería en reversa

El estudiante debe identificar cuál es el material jurídico más reciente que ha abordado el problema cuya solución debe encontrar. Es posible que en esta etapa el estudiante constate que en relación con el problema formulado, no existe material jurídico alguno que lo regule de manera clara.

Así por ejemplo, retomando los mencionados anteriormente, uno de los problemas puede ser el siguiente:

¹ Lopez M, Diego. El Derecho de los Jueces. Ed. Legis. 2007

¿Puede una **sociedad comercial de responsabilidad limitada** negar el ingreso de una persona atendiendo su condición de hija extramatrimonial?

Puede ocurrir que el estudiante no encuentre material jurídico alguno –fuentes del derecho- que haya resuelto ese específico problema. En ese momento, el estudiante deberá intentar llevar a cabo las analogías que resulten necesarias con un caso que cuente con una solución en alguna de las fuentes del derecho. De no conseguirlo, conclusión que es inusual, deberán ensayarse metodologías diferentes para la solución del caso.

Identificada la fuente pertinente, la ingeniería en reversa consiste en reconstruir la estructura de citas a fin de establecer cuáles son los materiales que han sido utilizados a lo largo del tiempo para definir la solución del caso. La ingeniería en reversa se puede desarrollar en varios niveles lo que permite ampliar las fuentes usadas.

2.3.2 Momento 2. Composición del nicho citacional

En este momento el estudiante deberá 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 han resultado determinantes, a lo largo del tiempo, para la solución específica del caso. En este momento el investigador debe abordar 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 debe entonces 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, explica la evolución del problema permitiéndole al lector comprender el estado actual del asunto.

2.3.3 Momento 3. Reconstrucción de la línea jurisprudencial

El último momento de la fase 3 representa la materialización de la actividad investigativa previa en un ensayo –más o menos descriptivo- que representa el estado del problema. El ensayo exige una narración debidamente documentada (i) que destaque los momentos más importantes del proceso de definición de la solución actual, (ii) que anuncie los factores que pudieron haber incidido en ese proceso y, finalmente, (iii) que precise las inquietudes o indeterminaciones que se han suscitado. El punto de partida de esta etapa lo constituye la representación gráfica de la mencionada evolución a través de un cuadro que explica, entre las respuestas alternativas al problema jurídico formulado, la ubicación de las diferentes fuentes.

Se trata de un problema especialmente complejo debido a que no siempre es clara la ubicación y ello exige que el investigador complete su narración con elementos adicionales que, probablemente, no fueron identificados en el examen de las fuentes.

La representación grafica de la línea jurisprudencial adquiere la forma que a continuación se presenta:

¿Puede un club privado negarse a admitir como socio a una persona con fundamento en consideraciones familiares?				
Es constitucionalmente posible negarse dado que tal decisión está protegida por el derecho a la intimidad y la libertad de asociación	Código Civil	Decreto Reglamentario 454 de 1994	Salvamento de Voto T-100/92	En ningún caso es constitucionalmente posible negarse debido a que tal decisión desconoce el derecho a conformar una familia y la prohibición de discriminación.
	C.C T-100/92		T-200/93	
	Salvamento de Voto T-888 de 2007		T-300/94	
			T-400/95	
			Ley 900/96	
			T- 80/2000	
			T-888/2007	

El grafico no es nada diferente a aquello que debe ser objeto de narración por parte del estudiante. Así por ejemplo y utilizando el cuadro anterior, el estudiante deberá explicar las razones por las cuales (i) no todos los magistrados de la Corte Constitucional estaban de acuerdo en la sentencia T-100 de 1992, (ii) el alcance que tiene el Decreto 454 de 1994 para ser ubicado de manera equidistante a las soluciones posibles y, adicionalmente, (iii) los motivos por los cuales se produjo un cambio tan profundo en las sentencias T-100 de 1992 y T-200 de 1993².

Es claro que los estudiantes no en todos los casos presentan un cuadro como el anterior. Sin embargo, en su proceso de elaboración de reconstrucción de la línea jurisprudencial deben considerar el esquema señalado a fin de presentar una narración coherente, clara y convincente.

De acuerdo con lo anterior, las competencias correspondientes a la tercera fase de la innovación podrían resumirse de la siguiente forma:

² Este cuadro no representa la realidad de la evolución del problema que allí se plantea. Se han utilizado fuentes imaginadas para representar el resultado gráfico de la actividad investigativa.



3. Métodos empleados para el seguimiento y observación del cambio

De acuerdo con la metodología expuesta, la evaluación se desarrolla en tres momentos específicos. En dos oportunidades se planteará un caso especial a partir del cual el estudiante deberá identificar adecuadamente el problema, proceder a identificar los materiales jurídicos posiblemente relevantes para, finalmente, reconstruir la línea jurisprudencial. En una tercera oportunidad se adelantará un examen oral tendiente a examinar la apropiación de los conceptos propios de la asignatura y, en particular, a dar cuenta de la evolución de los principales casos abordados en el curso.

El propósito de los casos, sin que ello sea obstáculo para evaluar otras competencias, intenta establecer la capacidad del estudiante para presentar la solución vigente de un problema a partir de una actividad investigativa previa en la que cada uno de los pasos son dependientes de los otros.

Conforme a lo anterior se establecen niveles de realización de cada una de las competencias que se enuncian seguidamente estableciendo una escala de 1 a 5 que indica, en el primer caso, ausencia de desarrollo de la competencia y, en el segundo, desarrollo total de la competencia.

COMPETENCIAS PARA LA FORMULACIÓN DE PROBLEMAS
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.

COMPETENCIAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE MATERIALES JURÍDICAMENTE RELEVANTES

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.

COMPETENCIAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

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.

Es importante señalar que la diferenciación de competencias que se propone puede no ser siempre evidente en el proceso de evaluación dada la estrecha conexión y dependencia entre todas ellas. El ensayo final que presentan los estudiantes para resolver el caso, permite identificar si el proceso de investigación adelantado resulta satisfactorio. De otra forma dicho, del contenido del ensayo se puede

derivar si el ejercicio desplegado por el estudiante fue adecuado aunque el profesor no pueda identificar totalmente como se adelantó la actividad de ingeniería en reversa o la construcción del nicho citacional. A continuación se presenta un ejemplo de los casos planteados en el curso. Tal caso, como se deriva de su formulación, exige del estudiante un tránsito a través de las diferentes fase del proyecto.

EJEMPLO CASO 1
DERECHO DE INGRESO A SOCIEDADES COMERCIALES
<p>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.</p> <p>¿Es constitucionalmente admisible esta cláusula? ¿La solución cambia si se trata de una sociedad anónima? ¿Qué ocurriría en el caso de una sociedad colectiva?</p> <p>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.</p> <p>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.</p>

4. Resultados

La evaluación de las competencias planteadas se llevó a cabo, fundamentalmente, a través de dos casos.

Los resultados de allí obtenidos permiten concluir:

- a) La comparación de los resultados generales obtenidos en los dos casos planteados a lo largo del semestre evidencia una relativa superación de algunas de las debilidades detectadas en la primera evaluación. Lo anterior implica que entre ambas evaluaciones algunos estudiantes profundizaron sus competencias investigativas. Ello ocurrió de manera especialmente fuerte en lo referido a la identificación de materiales jurídicamente relevantes. Podría sugerirse que el empleo de la ingeniería en reversa les permitió abarcar, de mejor forma, las fuentes pertinentes para la reconstrucción jurisprudencial.

Sin embargo los promedios generales de notas en ambas pruebas ascienden aproximadamente a 4.1. (El primer caso 4,18 y el segundo 4,13).

- b) En el conjunto de competencias investigativas los mejores resultados se encuentran en las competencias referidas a la formulación de problemas y a la identificación del material jurídico relevante. Ello obedece, de una parte, a que el estudiante ha contado con experiencias académicas previas que le permiten entender cuáles son los elementos relevantes de un problema jurídico. De otra, es claro que desde el primer semestre los estudiantes se enfrentan a diferentes problemas de fuentes del derecho de manera tal que al momento de identificar su pertinencia o no para resolver un problema puede constatarse un grado de solvencia adecuado.
- c) En la reconstrucción jurisprudencial, a pesar de encontrar que los trabajos presentados tenían un buen punto de partida, se detectaron dificultades en la presentación de la evolución que había tenido el problema planteado. En particular y ello es central, se pueden constatar dificultades relacionadas con la capacidad de diferenciación y asimilación de casos.
- d) Las dificultades asociadas a la diferenciación y asimilación de casos, impacta todo el proceso investigativo dado que al no desarrollarse con suficiente precisión, la actividad investigativa puede terminar dando respuesta a un problema diferente.
- e) Aunque los resultados entre las dos evaluaciones de casos muestran algunas mejorías puede constatarse que más allá de las dificultades asociadas a la búsqueda de información y a su organización, existen dificultades para precisar si la solución prevista para el SUPUESTO X es también o no aplicable para el SUPUESTO X1. Así, por ejemplo, en el caso planteado de ejemplo, el estudiante debía precisar con claridad si las decisiones de la Corte Constitucional referidas a clubes sociales que prohibían el ingreso de hijos extramatrimoniales podrían o no ser aplicables a sociedades mercantiles en las que se prohibía el ingreso a personas de un determinado partido político. En ocasiones se hacían analogías inmediatas al paso que, en otros eventos se destacaban diferencias que no hacían comparables los dos casos.
- f) A pesar de la dificultad detectada -que incidía en la composición del nicho citacional que debían elaborar los estudiantes- la calificación no fue baja en el segundo de los casos. Ello pudo obedecer a que el ensayo final -aunque sin ser excesivamente sofisticado o riguroso en los procesos de búsqueda y ordenación de información- hacía una presentación adecuada del asunto y reflejaba con claridad el estado de la cuestión. Esta conclusión sobre los resultados de la evaluación evidencia una limitación del proceso de evaluación a la que se aludirá en el análisis final de este documento.

5. Análisis

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

6. Referencias

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

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

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

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

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

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

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

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