

CEEAD

Educación Jurídica en **contexto**

Compilación
Sergio Iván Anzola Rodríguez



ceead.org.mx

Editado por el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C.

Primera edición: 2023

ISBN: 978-607-99421-8-2

Compilación

Sergio Iván Anzola Rodríguez

Traducción al español

Karla Marcela Véliz

Coordinación editorial

Erika Leticia Partida

Corrección de estilo

Cynthia Pamela Ovalle

Miriam Irigoyen Sánchez

Erika Leticia Partida

Diseño de portada, diseño de interiores y maquetación

Sofía Victoriana Ríos

Autores

Martin Böhmer

Bryant G. Garth

A. Michael Froomkin

© ⓘ ⓘ Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución-Compartir Igual 4.0 Internacional

Con esta licencia eres libre para copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, y para adaptar, transformar y crear a partir del material, siempre y cuando reconozcas el crédito de la obra de manera adecuada y que en el nuevo material que surja a partir de la adaptación utilices la misma licencia de Creative Commons.

Para mayor información sobre los términos de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Para utilizar la obra en cualquier curso o capacitación, te pedimos registrarte en la página del CEEAD (www.ceead.org.mx), con el fin de ubicar a quienes están utilizando esta obra para hacerles llegar actualizaciones, materiales adicionales e invitaciones a eventos relacionados.

CEEAD

Educación Jurídica en **contexto**

Compilación
Sergio Iván Anzola Rodríguez



ceead.org.mx

Índice

Prólogo	6
1. Forja de revolucionarios. La enseñanza del derecho en la Academia de Chuquisaca y la independencia de América del Sur	12
- Martín Böhmer	
Introducción	13
La importancia de la profesión: el rol de los abogados en la independencia argentina.....	15
Una exhortación al libre comercio	15
Intrigas europeas y conspiraciones criollas	20
Defender a un traidor, matar a un cadáver.....	22
La importancia de la enseñanza del derecho: la formación de dos abogados argentinos.....	26
Comienzos	26
Viaje de ida: Poder y dinero	29
Características generales de la Real Academia de Jurisprudencia de Chuquisaca.....	31
La formación de los abogados	31
La Real Academia Carolina de Jurisprudencia en Chuquisaca y el proyecto político de los españoles borbónicos	34
Políticas ilustradas	34
La expansión de las academias de jurisprudencia en España y las colonias	39
Buenos Aires reclama su justo lugar.....	44
La Real Academia Carolina de Jurisprudencia en Charcas y la formación de una élite política: de burócratas a revolucionarios.....	51
Reflexiones finales	57

**2. Crisis, Retórica de Crisis y Competencia en la Educación Jurídica:
Una Perspectiva Sociológica en la (más reciente)
Crisis de la Profesión y Educación Jurídica 59**

- Bryant G. Garth

Introducción	60
La retórica de la crisis en la profesión jurídica durante la gran depresión	64
La retórica de crisis contemporánea: un patrón recurrente	70
El nuevo realismo jurídico sobre el valor de un título en derecho	84
Matrículas, el mercado de la educación jurídica y competencia.....	92
Conclusiones tentativas.....	100

3. La Escuela de Derecho Virtual, 2.0 107

- A. Michael Froomkin

Eso era entonces (Escuela de Derecho Virtual 1.0)	109
Barreras a las escuelas de derecho virtuales.....	130
Reglas de la ABA.....	135
Software insuficiente.....	138
Preocupación por la mala pedagogía y las oportunidades perdidas para la formación de habilidades y la creación de redes profesionales	141
Problemas de reputación y de nombre.....	145
Mala economía.....	147
Barreras que caen: la enseñanza del derecho en tiempos de COVID.....	151
Lo viejo es nuevo otra vez	151
Abriendo la puerta al aprendizaje en línea.....	155
A largo plazo: la enseñanza en la ‘nueva normalidad’	166
Escenarios COVID-19.....	166
Lo que significan los escenarios para la escuela de derecho virtual.....	168
Próximamente: ganadores y perdedores 2.0.....	178

Prólogo

Este libro reúne tres artículos escritos y publicados previamente en revistas académicas por Martín Böhmer, Bryant Garth y Michael Froomkin. Cada uno de ellos trata temas distintos y en contextos y momentos diferentes, pero todos comparten un mínimo denominador común: el de pensar la educación jurídica y su transformación en un contexto social más amplio.

Creo importante comprender el contexto social que rodea e impacta a la educación jurídica, pues en él encontramos muchas respuestas a las preguntas sobre por qué se enseña lo que se enseña, por qué se enseña, cómo se enseña, por qué enseñan quienes enseñan y por qué enseñamos a quienes usualmente enseñamos. Ser conscientes del impacto que tiene ese contexto sobre la educación jurídica nos permite tener una agencia y una intención transformadora más efectiva. Lo que quiero decir es que, una vez reconocemos que el contexto social importa y afecta la educación jurídica, podemos planear nuestras intervenciones de manera más estratégica y responsable. También podemos ser más indulgentes con nosotros mismos pues podemos entender que el éxito de una intervención depende, en cierta medida, del contexto social que rodea a la educación jurídica, no únicamente de nuestras buenas intenciones y esfuerzos. Hay muchos intereses y actores en pugna.

En todo caso, y como bien demuestra el texto de Martín Böhmer con lo ocurrido en la Academia de Chuquisaca, la relación no es de un solo sentido; es decir, la educación jurídica no se limita a recibir el influjo del contexto social en el que ella se imparte sino que también impacta en él y lo transforma. Es, sin duda, una relación de doble vía. No obstante, creo que para que la educación jurídica pueda transformar ese contexto social necesita entender de manera más clara su relación con él. Necesita entender que ella no ocurre en un vacío o un espacio aislado herméticamente. Los esfuerzos que hacemos en capacitación docente, en el diseño de materiales y recursos didácticos deben estar acompañados e informados por una visión más amplia que dé cuenta de otras fuerzas que apoyan o se oponen a determinadas transformaciones. Ese es uno de los aportes que la investigación hace a la empresa de la transformación de la enseñanza del derecho.

El texto de Martín Böhmer nos muestra que, al menos en el caso de la Argentina del siglo XIX, la transformación de la enseñanza del derecho se explica principalmente por un cambio en el régimen político. Según su investigación, es la llegada del proyecto político del imperio borbónico el que empuja y desarrolla un nuevo tipo de enseñanza del derecho. A través del examen de las vidas de Juan José Castelli y Mariano Moreno, dos de los padres fundadores de la república argentina, Martín Böhmer muestra el contexto social más grande en el que se insertaba la educación jurídica que estos dos personajes recibían. En este contexto sobresale la Academia de Chuquisaca, la casa de estudios que tenía como propósito educar a los burócratas del imperio borbónico pero que, paradójicamente, terminó forjando a la élite de la independencia argentina.

Creo que el texto nos muestra que sí es posible transformar la enseñanza del derecho, de manera muy significativa y en un lapso de tiempo no necesariamente extenso. No obstante, también nos advierte, o por lo menos nos sugiere, que la efectividad de esa transformación no obedece únicamente a los esfuerzos aislados de escuelas o profesores de derecho, sino a un cambio en el régimen político que ve en los abogados y las escuelas de derecho donde ellos se educan un punto de intervención clave en la consecución de su proyecto político.

Por otro lado, el texto de Bryant Garth no se centra en los contenidos y metodologías de la enseñanza, sino en la población que termina teniendo acceso a la educación jurídica. Garth escribe desde EE.UU en el año 2013 en un contexto marcado por los altos costos de matrícula de las escuelas de derecho y por una leve recuperación en el mercado de los servicios jurídicos tras la crisis financiera del 2008. En ese contexto proliferan los comentaristas e investigadores que ponen el grito en el cielo porque presuntamente hay “demasiados abogados” y un mercado saturado, tanto de servicios jurídicos como de escuelas de derecho. Estos comentaristas proponen reducir la oferta de educación jurídica y los sospechosos de siempre, sobre quienes recaen sus críticas, son las escuelas de derecho que se ubican en los lugares más bajos de los rankings académicos y que, por lo general, son las más económicas y las que ofrecen educación a la población de más escasos recursos.

En respuesta a ellos, Garth construye su argumento sobre los que ya habían hecho los realistas en respuesta a la misma sensación de crisis que surgió tras la gran depresión de los años 30 y es que la retórica de la crisis es simplemente eso, retórica. Nada más.

Con base en estudios longitudinales de personas egresadas, frente a aquello que los opinadores consideran “escuelas de baja calidad”, Garth demuestra que en realidad no hay una saturación del mercado de servicios jurídicos y que tampoco es cierto que las personas que acuden a esas Universidades sean víctimas de una estafa o engaño. Por el contrario, los datos muestran que las personas que no estudian en universidades de élite y que no acceden a trabajos en los grandes despachos corporativos, tienen, a partir del séptimo año de egreso, aumentos salariales más significativos, en términos porcentuales, que quienes egresan de universidades de élite que trabajan en grandes despachos corporativos. Es decir, que estudiar derecho sí mejora, en términos materiales, la vida de las personas que entran a estudiar la carrera independientemente de donde la estudien. Además, los mismos estudios longitudinales muestran una enorme satisfacción personal de haber podido cursar la carrera.

El texto de Garth viene, creo yo, como anillo al dedo en el contexto mexicano donde proliferan las preocupaciones por el alto número de escuelas de derecho. Garth llama a ver el contexto social más amplio en el que se imparte esa educación jurídica. A escarbar un poco más allá del lugar común y ver qué tanto hay de retórica y qué tanto hay de crisis. En países con altos índices de desigualdad y bajo acceso a la justicia como México, la propuesta de cerrar escuelas de derecho para reducir el número de abogados debe estar basada en datos duros y fiables, no en intuiciones o temores infundados.

Por último, el texto de Michael Froomkin, escrito desde la experiencia de la pandemia y la educación en línea, es una predicción de cómo podría llegar a ser la oferta de la educación jurídica en el futuro en el contexto estadounidense (y, por qué no, mexicano). Para Froomkin, es plausible que los avances tecnológicos y didácticos, sumados a la voluntad política de escuelas de derecho y reguladores de la educación jurídica, nos lleven a un escenario muy distinto al actual. En este escenario, sería po-

sible que el estudiante de derecho tomase cursos de diversos profesores o universidades como si armara su plan de estudios seleccionando de un menú. Por ejemplo, un estudiante tomaría el curso de contratos mercantiles ofrecido por el CIDE, el curso de amparo de la Escuela Libre de Derecho, el curso de derecho internacional público de la UNAM, etc. En el escenario dibujado por Froomkin, estos cursos serían asincrónicos, mediante video y apoyados por profesores asistentes que, estos sí, a través de una clase presencial, desarrollarían a detalle los contenidos vistos en video. Posteriormente, habría universidades o centros que certificarían a sus competencias profesionales para acceder a su cédula profesional, a través de algún examen o actividad. Esto implicaría una descentralización de la educación jurídica. Los estudiantes ya no pertenecerían en estricto sentido a una Escuela de Derecho, sino que tomarían cursos de distintas escuelas de Derecho para luego certificar sus competencias ante un ente regulador, mediante un mecanismo de certificación que podría consistir en un examen o periodo de prácticas.

Un escenario como el que imagina Froomkin impactaría de manera muy importante la forma en la que actualmente se imparte la educación jurídica y los costos económicos que ella implica. Si los cursos asincrónicos lograran su cometido, los grandes profesores y las grandes universidades podrían grabar clases y ofrecerlas de manera masiva a bajo costo a cualquier persona. Las universidades locales, con profesores de tiempo parcial y menos recursos económicos, podrían desarrollar una experticia en la impartición de contenidos más específicos por parte de profesores asistentes. Por otro lado, podrían surgir otras Universidades o centros cuyo fin principal no sea la impartición y desarrollo de competencias sino su evaluación. Este escenario podría llevar a una división del trabajo especializada, donde habría profesores con distintas funciones y tal vez habría un mayor acceso al conocimiento jurídico, pues habría incentivos para que los profesores más reconocidos hicieran sus cursos disponibles por bajo costo a un amplio sector de la población.

De llegar a configurarse este escenario habría ajustes importantes al mercado de la educación jurídica. Seguramente, las grandes universidades con profesores de tiempo completo y expertos en sus materias podrían crecer su participación en el mer-

cado llegando a sectores que antes no cubrían. Por otro lado, las Universidades más pequeñas que no podrían competir con los cursos asincrónicos ofrecidos por grandes Universidades tendrían que especializarse en proveer una enseñanza presencial que acompañe esos cursos asincrónicos. Todo esto implicaría una recalificación de los docentes pues ahora tendrían distintas responsabilidades y objetivos.

En un escenario como el mexicano, donde hay tantas escuelas de derecho y tanta demanda por educación jurídica, un proyecto como el que imagina Froomkin podría tener efectos sumamente interesantes. No obstante, también enfrentaría grandes resistencias y retos por delante. A mi parecer, lo más provechoso del texto de Froomkin es el ejercicio imaginativo que hace y que nos invita a hacer. Hasta el momento, creo que hemos sido poco innovadores en la manera de pensar la educación jurídica. La pandemia nos obligó a cambiar a marchas forzadas. Sería una lástima no aprovechar ese reto para re imaginar formas de ampliar el acceso a la educación jurídica de calidad.

Esperamos que estos textos, traducidos por primera vez al castellano, les inviten a reflexionar sobre el contexto en el que desarrollan sus labores ya sea como docentes, directivos, investigadores o estudiantes.

Sergio Iván Anzola Rodríguez

1. Forja de revolucionarios.

La enseñanza del derecho en la Academia de Chuquisaca
y la independencia de América del Sur*

Martín Böhmer**

*Este artículo es un capítulo extraído y adaptado de la tesis de doctorado del autor titulada “The Politics of Legal Education”, presentada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. Fue publicado como “Legal Education Reform: How the Academy at Chuquisaca Forged Argentina’s Founding Elite”, en *Journal of Legal Education*, Volumen 63, Número 3 (Febrero 2014) pág. 373. Fue traducido del inglés al español por Martín Böhmer y el texto en español fue revisado por Erika Leticia Partida Partida del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Torcuato di Tella. Abogado de la Universidad de Buenos Aires y Master (LLM) y Doctor (SJD) en derecho de la Universidad de Yale.

Introducción

Este artículo cuenta la historia de la creación de un sistema de enseñanza del derecho en Hispanoamérica que, por más de un siglo, formó en derecho civil y canónico y en destrezas profesionales a la burocracia del imperio borbónico y eventualmente a la élite criolla que lideró la guerra de la independencia, fundó las repúblicas latinoamericanas y redactó sus primeras constituciones. Resultará sorpresivo para los investigadores que no son latinoamericanos (e, incluso, me atrevo a decir que también a algunos investigadores latinoamericanos) que los Borbones hubiesen instituido una enseñanza del derecho que hoy muchos identifican con la tradición anglosajona que se extendió desde la mitad del siglo XVIII hasta casi finales del siglo XIX. Este sistema (basado en la lectura de textos jurídicos, método de casos y un periodo de pasantía o práctica profesional) apuntaba a alimentar de personal idóneo a la burocracia que España necesitaba para mantener un vasto territorio bajo un férreo control administrativo mientras gestionaba una amplia variedad de conflictos. Sin embargo, las reformas borbónicas plantaron la semilla de su propia destrucción. En este texto argumentaré que el tipo de enseñanza del derecho promovida por los Borbones otorgó a un grupo de líderes latinoamericanos el conocimiento y las destrezas jurídicas para desafiar el orden de la monarquía, así como conexiones a instituciones y a redes claves para lanzar un proceso revolucionario que eventualmente resultó en la independencia de América Latina de España.

Esta investigación forma parte de un proyecto que sostiene una tesis más amplia: las reformas en la enseñanza del derecho ocurren tras un cambio de régimen político. La enseñanza del derecho borbónica cambió solo cuando las repúblicas latinoamericanas independientes crearon nuevos regímenes institucionales. La mayoría optó por regímenes con un poder ejecutivo fuerte y frenos y contrapesos débiles. También importaron las bases de la codificación de Europa continental y su enseñanza del derecho dogmática y formalista. Este sistema duró por más de un siglo y recién ahora -cuando la mayoría de los países latinoamericanos tratan de dejar atrás décadas de autoritarismo y

violaciones masivas a los derechos humanos para construir democracias constitucionales fuertes- las discusiones sobre los métodos adecuados para enseñar derecho empiezan a tornarse relevantes nuevamente.

A grandes rasgos, este artículo toma una fotografía de la enseñanza del derecho en un punto crucial de la historia argentina. Describe cómo la política y los eventos mundiales crearon una ideología académica específica. Lo que habría podido ser un relato árido del desarrollo de un sistema universitario nacional contiene hilos de intriga, luchas de poder entre el Estado y la Iglesia, subversión política y la lucha por la independencia y la autonomía frente al poder colonial español.

La independencia se logró, en buena medida, gracias a los argumentos jurídicos y a la retórica de un grupo de juristas con claros ideales políticos. Sus ideas y su espíritu activista fueron el resultado del dinamismo intelectual del lugar donde recibieron su educación jurídica y donde desarrollaron sus destrezas profesionales. Este artículo se enfocará en las carreras de dos de esos distinguidos abogados, el contexto histórico y el sistema en el que fueron educados y describirá brevemente su colapso y los cambios radicales que resultaron de él.

La formación jurídica de Juan José Castelli y Mariano Moreno, padres fundadores de la Argentina, partícipes de la Revolución de Mayo e instigadores de la independencia de España, provee un vívido retrato del entrenamiento y del pensamiento de los miembros de su generación.

Sus carreras universitarias describen la formación profesional que los abogados y jueces recibían, pero también muestran algunos elementos fundamentales de la historia argentina que explican las causas de cambios posteriores en la enseñanza del derecho.

La importancia de la profesión: el rol de los abogados en la independencia argentina

La historia de la independencia argentina comienza con la Revolución de Mayo de 1810 cuando por primera vez un grupo de criollos (descendientes de españoles nacidos en América) se hicieron cargo del destino del país. Este cuerpo político, conocido como la Primera Junta de Gobierno, estaba compuesto por nueve miembros elegidos sin intervención alguna de España. Cuatro de ellos eran abogados. De los miembros restantes, dos eran oficiales militares, dos eran hombres de negocios y uno era sacerdote. El número de abogados no debería sorprendernos: las particulares formas políticas que adquirió la revolución y las justificaciones que surgieron para alentarla fueron típicamente jurídicas. Sus creadores y principales portavoces fueron abogados prominentes que, a pesar de ser criollos, también eran miembros importantes de la estructura de poder de ese entonces, el Virreinato del Río de la Plata. Las peculiaridades políticas y económicas de esta institución tuvieron un fuerte impacto sobre los miembros de la Primera Junta tanto en sus prácticas profesionales como en sus roles públicos.

Una exhortación al libre comercio

El Virreinato del Río de la Plata estaba formado por lo que ahora es la Argentina, Uruguay, Bolivia y Paraguay, y era un territorio previamente dependiente del Virreinato del Perú. Fue creado para detener a los portugueses, que avanzaban hacia el occidente y el sur, para descentralizar la administración colonial, y para regular el creciente contrabando en Buenos Aires. El contrabando estaba en aumento debido al monopolio obligatorio y exclusivo impuesto por España tanto para la compra como para la venta de bienes. A comienzos del siglo XVI la ruta comercial de este monopolio comenzaba en España, en el puerto de Sevilla y dos siglos más tarde desde Cádiz. La mercancía cruzaba el océano Atlántico hacia el Caribe. Era descargada en Portobelo o Cartagena para ser transportada por tierra a través de los Andes hacia el puerto de Lima donde luego volvía a cruzar las montañas hacia el Alto Perú (lo que hoy es Bolivia) para continuar por las ciudades de Jujuy, Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Córdoba y Buenos Aires. La mercancía que llegaba a Buenos Aires era de baja cali-

dad, pasada de moda y cara en comparación con los bienes que los barcos británicos ingresaban a la ciudad ilegalmente a través del puerto abierto que daba hacia el Río de la Plata y el mar.

Las reformas políticas y administrativas del siglo XVIII y el cambio de dinastía en España resquebrajaron el monopolio del Caribe y Lima. A medida que la monarquía Borbónica establecía su poder en España fue cambiando la manera en que administraba sus colonias al otro lado del Atlántico. Estas medidas (como la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776) trajeron un cambio enorme que debilitó el monopolio. Dos años después, Carlos III dictó un reglamento de libre comercio. Esta decisión produjo el crecimiento relativo de Buenos Aires, cuyos ciudadanos pronto empezaron a buscar la independencia frente al Perú y, en última instancia, frente a España.

Diez años después, el ascenso de Carlos IV a la Corona española revirtió las reformas liberales de la España borbónica. Las preocupaciones sobre las repercusiones de la Revolución de 1789 y la sangrienta caída de la monarquía en Francia distanciaron aún más a los reyes españoles del movimiento progresista del siglo XVIII. Entonces, las colonias del Río de la Plata ingresaron al siglo XIX con un sentimiento amargo, debido a las promesas frustradas del libre comercio, y muy conscientes de su sujeción a las políticas vacilantes de un rey lejano. La inconsistencia de las políticas españolas en el Nuevo Mundo exacerbó la confrontación entre dos clases muy distintas: los comerciantes (por lo general españoles) que se beneficiaban del monopolio español y los dueños de tierras (mayoritariamente criollos), quienes habían disfrutado de la apertura comercial bajo las reformas borbónicas.

Además, durante décadas las ambiciones comerciales británicas habían estado atentas a la oportunidad del libre comercio con Sudamérica a través del puerto de Buenos Aires, tal como pudo entreverse a partir de los dos intentos fallidos de invasiones a la ciudad en 1806 y 1807. Estos eventos fueron reveladores para los habitantes de Buenos Aires en distintos sentidos.

En primer lugar, descubrieron que no podían contar con el apoyo de una potencia extranjera para liberarse de España. De hecho, hubo conversaciones entre un grupo de prominentes

ciudadanos de Buenos Aires y los invasores británicos sobre la posibilidad de independizarse de España y fomentar el libre comercio con la ayuda de Inglaterra. La esperanza de contar con un ejército británico liberador explica en parte la complacencia de Buenos Aires durante la primera invasión, para la cual los británicos necesitaron solamente 1600 hombres. Una vez que los habitantes de Buenos Aires se percataron de que los ingleses habían enviado un ejército conquistador, se reunieron y los expulsaron. En segundo lugar, la gran cantidad de bienes extranjeros ingresados a precios bajos durante las invasiones reforzó el sentimiento antimonopolista, al darle a Buenos Aires una muestra de los beneficios del libre comercio. Finalmente, las dos aventuras militares británicas demostraron el poder del ejército de Buenos Aires, formado sustancialmente por soldados criollos que los españoles habían estado poco dispuestos a armar y su actuación generó en los habitantes de la ciudad un sentimiento de orgullo patriótico. Adicionalmente a las complicaciones que la invasión británica creó en el Río de la Plata, la invasión francesa a España en 1808 debilitó una vez más el comercio con las colonias en Sudamérica creando una nueva crisis económica.

Este era el clima en Buenos Aires en 1809 cuando un joven abogado llamado Mariano Moreno escribió una petición al Virrey titulada *Representación de los Hacendados*. El documento buscaba, y logró, una revocación temporal de la prohibición al libre comercio y ayudó a fortalecer y aumentar el tesoro de Buenos Aires. Con el paso del tiempo, sentaría las bases económicas para la revolución. La *Representación* surgió gracias a que “un grupo de terratenientes porteños (*los hacendados*) y comerciantes criollos pro británicos encomendaron a Mariano Moreno que presentase el punto de vista del sector”¹ ante el Virrey Cisneros como un contrapeso a los argumentos proteccionistas del consulado español. Moreno, un “amigo decidido de Inglaterra”², “no perdió tiempo en decirle a Cisneros, y más de una vez, que el libre comercio con los ingleses no solo traería prosperidad a la nación, sino que los impuestos pagados por las importaciones llenarían las arcas fiscales, por el momento peligrosamente vacías. Él dice que las mercaderías inglesas ya entran al país a pesar de ‘leyes

¹Nicolas Shumway, *La Invención de la Argentina*, p. 48 (Emecé Editores, Buenos Aires, 1993).

²De acuerdo a su hermano Manuel Moreno. Id.

y reiteradas prohibiciones', privando así al tesoro de impuestos que cobraría de otro modo."³ También sugirió que legalizar este comercio no solo enriquecería al gobierno, sino que también sería consecuente con la 'ley de necesidad' en la que se basa toda economía."⁴ Además de esto, sostuvo que un mayor contacto con Inglaterra expandiría los ingresos de Buenos Aires en lo que respecta a la agricultura mientras que daría acceso a sus ciudadanos a bienes británicos baratos y de alta calidad.⁵

A parte de su importancia histórica, el documento escrito por Moreno obtuvo mucho reconocimiento por su habilidad retórica: "Con un cauto circunloquio, Moreno afirma que las clases consumidoras en la Argentina se merecen lo mejor. Sugiere entre líneas que los muebles argentinos no son tan buenos como su contrapartida inglesa simplemente porque los obreros argentinos no han tenido la suficiente diligencia. Los publicitarios y antisindicalistas no lo habrían hecho mejor"⁶. Moreno defendía simultáneamente los intereses de los ingleses y los argentinos, pues los veía como dos lados de la misma moneda. De hecho, la importancia de su reclamo y sus habilidades como abogado no pasaron desapercibidas a los ingleses. En efecto, el *British Review and London Critical Journal* afirmó:

"La discusión de esta cuestión importante dio ocasión para el celebrado memorial del Dr. Mariano Moreno, que por su mérito hubiéramos querido tenerlo como materia de una revista separada; pero debemos contentarnos con dar una idea general de esta producción. (...) Después de haber refutado exitosamente los menores argumentos más débiles hechos por la oposición..."⁷

Aunque Moreno parecía abogar por los beneficios mutuos de todas las partes, no todas estaban representadas en la Representación. A través de su menosprecio implícito hacia las capacida-

³ *Id.*

⁴ *Id.* cita a Mariano Moreno, *Escritos de Mariano Moreno 105-09* (Ed. De Norberto Piñero Buenos Aires Biblioteca del Ateneo 1896)).

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* p. 49.

⁷ *British Review and London Critical Journal*, III, Sept. 1811; Manuel Moreno, *Vida y memorias del Doctor Don Mariano Moreno*, p. 18 (Ed. La Cultura Popular 1937).

des de los trabajadores del interior y la preeminencia de Buenos Aires, Moreno aumentó el nivel de tensión y resentimiento entre el puerto y el resto del territorio. La relevancia del documento para el futuro desarrollo de la Argentina merece ser enfatizada. Como indica Shumway:

“La *Representación* puede leerse al menos de dos modos distintos. En un sentido, constituye una repetición poco notable de la lección económica de Smith, Quesnay y, por supuesto, Gaspar Melchor de Jovellanos, a quien Moreno cita con gusto, ya que en ese momento era presidente de la junta gobernante en Cádiz y en consecuencia el superior del consulado. En este sentido, la *Representación* no es original ni especialmente argentina. En otro sentido, empero, la *Representación* revela actitudes de un trágico error: el giro de Buenos Aires hacia Europa y su virtual desinterés por las necesidades económicas del interior. De la *Representación* en adelante, los impuestos por importaciones y exportaciones los cobraría Buenos Aires; los artesanos del interior se extinguirían; y cuando el interior, con todo derecho, protestase contra estas medidas, Buenos Aires respondería con cañones. En este sentido la *Representación* marca el comienzo de una política de enriquecimiento de Buenos Aires a expensas del interior, a la vez que le niega a este los medios para su propio crecimiento y progreso. En palabras de Juan Bautista Alberdi, uno de los más distinguidos pensadores argentinos, «Moreno es el representante del espíritu de la Revolución de Mayo; esto es exacto, estando al sentido con que Buenos Aires ha entendido y desarrollado la Revolución de Mayo, a saber: destrucción y desconocimiento... de toda autoridad soberana de fuera o dentro; predominio provincial de Buenos Aires sobre toda la nación, primero en nombre de Fernando VII, después en nombre de la nación Argentina; ...aislamiento del puerto que hace el tráfico de todas las provincias para quedarse solo con la renta de las provincias». Esta política provocó sesenta años de guerras en las que murieron miles de hombres. También creó un profundo y duradero rencor que persiste aún hoy.”⁸

⁸ Shumway, *supra* nota 2, pp. 49-50 (cita a Alberdi, Juan Bautista, Grandes y Pequeños Hombres del Plata, 93 (Granier Hermanos 1912)).

Como revela esta cita de Shumway, la Revolución de Mayo (y la intervención de Moreno) fue doble: contenía un elemento económico (la opresión de un mercado cerrado) y también uno político (el estatus de Buenos Aires vis a vis España, Inglaterra y la Argentina como un todo). Estas dos caras estaban íntimamente conectadas y los ingresos para el puerto de Buenos Aires y su importancia política se convirtieron en un punto de contacto sobre el cual giraron varios de los intereses revolucionarios.

Intrigas europeas y conspiraciones criollas

Más allá de la *Representación* de Moreno abogando a favor de los terratenientes, se estaba librando una segunda batalla de corte penal, que establecería la base política de la revolución en términos de lealtades y alianzas en Buenos Aires. En *La Causa Reservada* otro de los futuros padres fundadores, el abogado Juan José Castelli, desempeñaría un papel protagónico defendiendo al médico británico James Paroissien de los cargos de traición.

Estos complicados eventos empezaron durante la primera invasión británica de Buenos Aires. Después de la invasión, un grupo de criollos que conspiraba contra España decidió luchar por la independencia de las colonias españolas de Sudamérica. El grupo estaba compuesto por Castelli, los hermanos Saturnino y Nicolás Rodríguez Peña (el primero había sido compañero de clase de Castelli en las universidades de Córdoba y Chuquisaca), Hipólito Vieytes y Manuel Belgrano (primo de Castelli y abogado graduado en Salamanca, España). Belgrano, quien había sido un testigo solidario de la Revolución francesa, se convirtió en una figura pública en Buenos Aires y un prominente miembro de su élite intelectual, además de ser un funcionario público del Consulado, (encargado de la hacienda del Virreinato, donde fue responsable de muchas de las medidas económicas y educativas más progresistas que encaró esa institución).

El 27 de junio de 1806 los ingleses invadieron Buenos Aires y las armas criollas la reconquistaron el 15 de agosto de 1806. El general William Carr Beresford, al mando de las tropas inglesas, fue detenido y llevado a Luján, donde conoció a Saturnino Rodríguez Peña, secretario de Liniers y oficial de su ejército. También era miembro, junto con su hermano Nicolás, del grupo revolucionario. Liniers lo mandó muchas veces a Luján con mensajes

para Beresford. Durante estos encuentros Beresford convenció a Rodríguez Peña de que, si era liberado, trataría de persuadir a Auchmuth y a los comandantes en Montevideo de ayudar a los criollos a obtener la emancipación de la corona española.⁹ «Del grupo conspirador, Saturnino Rodríguez Peña fue el único revolucionario criollo conocido que decididamente tomó el partido de los invasores, a los que llegó a ofrecerles sus servicios, pensando que era la mejor oportunidad posible para la emancipación. Rodríguez Peña y un oscuro personaje escaparon junto con Beresford y, pocos meses después, servían como emisarios del gobierno inglés en la corte portuguesa en Río de Janeiro.»¹⁰ Así, cuando cambió el equilibrio de poder, Rodríguez Peña se encontró en una situación perfecta –tanto geográfica como políticamente– para promover la causa revolucionaria.

El paisaje colonial empezó a cambiar cuando los avances de Napoleón complicaron la situación europea. Su invasión modificó los equilibrios políticos y tensó los lazos familiares que antes unían a los monarcas de la península ibérica. La familia real portuguesa –que estaba en Río gracias a la ayuda de Gran Bretaña– incluía a una princesa española, la infanta borbónica Carlota Joaquina, hija primogénita de Carlos IV, hermana de Fernando VII y esposa de D. Joao, príncipe regente del Imperio Portugués. Doña Carlota era una figura política controversial, pues se negaba a dejar que sus proyectos políticos personales fueran dictados por las ambiciones de su esposo. La princesa estaba compitiendo con su hermano (quien eventualmente fue tomado prisionero por Napoleón) por el control del trono español y conspiró con el almirante inglés Sir William Sydney Smith¹¹ para crear un nuevo

⁹ Klaus Gallo, De la invasión al reconocimiento. Gran Bretaña y el Río de la Plata, 1806–1826, p. 113 (A-Z Editora 1994).

¹⁰ *Id.* p. 114.

¹¹ “La infanta, llegada con su real esposo a Río de Janeiro, ofrece en efecto una solución a la crisis que el derrumbe del poder central ha provocado. Desde Río de Janeiro, protegida de la amenaza francesa por el océano y por la flota británica, puede ofrecer una investidura legítima a quienes deban administrar a las Indias en nombre de España. Las ventajas que, como símbolo de la soberanía vacante tiene sobre las juntas surgidas en la metrópoli nacen no sólo de la precariedad de la situación militar, sino también de lo que hay de discutible en su misma pretensión a actuar en nombre del rey cautivo. Frente a ellas, la objeción de que los reinos españoles no eran en derecho una unidad, sino a través de su común sometimiento a un mismo soberano era demasiado obvia para que no comenzase a ser esgrimida como argumento para negar el derecho de algunos españoles europeos que habían recibido su investidura del pueblo de la península a gobernar los reinos indianos.” Túlio Halperín Donghi, Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la Argentina criolla, pp. 148–150 (Siglo XXI Ediciones 1995).

imperio, o al menos un nuevo territorio anexado, que uniera la España del Nuevo Mundo y las colonias portuguesas bajo una misma capital en el Río de la Plata. Mientras que Smith veía posibilidades de reforzar la alianza anglo-lusitana y así expandir los mercados para los bienes británicos, Doña Carlota se veía a sí misma como emperatriz o, al menos, como reina regente.

Así, cuando Rodríguez Peña llegó a Río encontró que sus intereses coincidían con los de la infanta y se convirtió en la conexión con los revolucionarios de Buenos Aires. La invasión de España por las tropas de Napoleón y la consecuente alianza entre ingleses y españoles produjo un giro en los eventos que llevó la situación a un punto crítico. En septiembre del turbulento 1808, Rodríguez Peña, buscando volcar al grupo porteño a favor de la alternativa carlotista, confió un paquete de cartas a un joven doctor inglés, James Paroissien, para distribuirlas a escondidas en Buenos Aires. Paroissien viajó a Montevideo donde fue denunciado como traidor. Los historiadores ofrecen distintas versiones sobre estos eventos. Paroissien fue apresado por traición después de que las autoridades leyieran las cartas que llevaba en un doble fondo de su equipaje. Castelli fue, al mismo tiempo, testigo y abogado defensor de Paroissien.

Defender a un traidor, matar a un cadáver

Es importante subrayar el aprieto en el que se encontraba Castelli. "Era uno de los destinatarios de las cartas confidenciales; fue un íntimo amigo de Saturnino y ha sido condiscípulo de él en Córdoba y en Chacas, y, según los testigos que deponen en el proceso, era también íntimo de Nicolás, pues, cuando venía de su chacra a la ciudad, dejaba siempre el montado en su jabonería".¹² Amigo, colaborador político y abogado del acusado, Castelli redactó el escrito de defensa de Paroissien entre finales de 1809 y comienzos de 1810. El texto es un impresionante documento jurídico teniendo en cuenta la delicada situación de Castelli: no solo tenía que defender a su cliente, sino también a sí mismo, a su grupo y al proyecto político. Castelli necesitaba elaborar un argumento que atendiera distintos temas, sin salirse nunca de los límites del derecho español y latinoamericano.

¹² Julio Cesar Chaves, *El adalid de Mayo*, p. 101 (Ediciones Leviatán 1957).

Argumentó que el poder soberano pertenece al pueblo quien, posteriormente, lo entrega al rey. Por ende, la relación era establecida entre el pueblo y la persona que ocupa el cargo de rey. Dado que este se encontraba en peligro, tratar de ayudar a que un familiar suyo llegase al poder era una forma de proteger esa relación. Aquellos que intentaban hacer depender al pueblo de las colonias de una asamblea en España, en lugar del rey o su familia, estaban traicionando esa conexión y por ende usurpando la soberanía del pueblo. Defender el lazo entre el pueblo y la Corona no podía considerarse como un acto criminal. Pensar lo contrario sería algo similar a considerar el asesinato de un cadáver como un homicidio.

Según su biografía, el alegato de defensa que produjo Castelli fue digno de ser señalado como notable pieza jurídica y política. En el orden legal, sostuvo que faltaba la relación entre crimen e imputación, elemento indispensable para condenar a un hombre. No habiendo imputación, no hay crimen. Castelli dilucidó su argumento en cuatro puntos:

“Primero: La opinión del Doctor Peña sobre la independencia de América. Si antes estaba por la independencia republicana de América y por la desmembración de estos dominios, ahora ha variado de idea y de plan. Nada debe achacársele a Paroissien por las ideas que sostuvo Peña anteriormente.

Segundo: La opinión del Doctor Peña sobre el destino de América en el caso hipotético al que se refiere (actualmente). ¿Sostiene que debe llegarse a la independencia por medio de una forma democrática, aristocrática o republicana popular, que subvienta la constitución del reino, ni por la adhesión a los proyectos de Bonaparte de sentar su dinastía en el trono de los Borbones, ni tampoco por el destronamiento de la casa reinante y la entronización de otra familia? No, nada de eso es lo que propone. Tan sólo recomienda a Carlota Joaquina para regente, no para reina, y como ‘heredera legítima de la reina Doña Isabel’, así como condena expresamente a cualquier otro partido y lo titula de criminal.

Tercero: Complicidad de Paroissien con las opiniones de Peña. No existe. Paroissien se ha conducido íntegra, abiertamente sin disimulo, sin afectación, sin superchería. ‘Obró con sinceridad y llaneza’: él mismo entregó los papeles.

Cuarto: Hallar el crimen en las opiniones de Peña, en sus papeles que se reputan por cuerpo de delito, y el criminal, probando la complicidad de Paroissien. Es preciso dar la ley prohibitiva y probar su infracción: Si España está ocupada y los reyes cautivos, no existe gobierno nacional legítimo y opinar por una regencia no entraña un delito. Buscar aquí el delito es lo mismo que pretender hallarlo de homicidio en un muerto naturalmente. Este colofón magistral cierra la parte jurídica del alegato”.

En su parte política, el documento sustenta que no existe el gobierno legal, por haber quedado casada mero *jure et facto* la regencia que dejó Fernando VII a su salida. La nación constituyó, primeramente, el gobierno de juntas y, después, en la Suprema Junta Central, sin tener para ello el acuerdo del Rey ni voluntad expresa del pueblo. La junta carece de jurisdicción sobre América y pretende ejercer su autoridad en ella, sin poder, título y sin autoridad. Los pueblos de América tienen el mismo derecho a tener representación de la soberanía como la tiene Sevilla, pues no son más ni menos en los derechos del pueblo, como parte integrante de la nación. Es cierto que hay autoridades legítimas en el continente; pero su poder dimana del Rey y no pueden, en ningún caso, representar la misma soberanía.

En síntesis: estando el Rey cautivo y no habiendo regencia, no existe el gobierno legal. El gobierno que se forme en España no tiene jurisdicción en América faltando el Rey y su representación, puesto que sería establecer un vasallaje de vasallos sobre vasallos. En conclusión, América queda de facto independiente de España, toda vez que el vínculo real que los une está roto por la interdicción del Rey. América tiene igual derecho a formar su gobierno que España.

Castelli fue el primero que proclamó esas verdades claras, sencillas e irrebatibles. Así abrió el proceso revolucionario y ganó el Ayacucho¹³ jurídico.¹⁴

¹³ La Batalla de Ayacucho fue el último enfrentamiento de las guerras de independencia hispanoamericanas.

¹⁴ Chaves, supra nota 13, pp. 103-05. Las bastardillas son del original. La fuente es “Causa Reservada seguida contra don Nicolás Rodríguez Peña y don Diego Pariossien..., en Documentos del Archivo de Belgrano, t. V.”

De esta forma, Castelli logró eludir el enredo personal, político y jurídico en el que las circunstancias lo habían encerrado. La creatividad de un abogado experimentado y la pasión de un revolucionario se combinaron en su alegato, tal como sucedió en la Representación de Moreno. Juntos, los escritos de dos abogados, abrieron paso a la independencia argentina.

En 1810 los miembros de este grupo emergieron como líderes del movimiento que produciría la Revolución del 25 de Mayo. Después de que el plan para ascender a Carlota al trono fallara, exigieron de manera abierta un gobierno criollo. Castelli expuso la teoría que pergeñó en la *Causa Reservada* (que posteriormente los historiadores llamarían “la máscara de Fernando VII”) el 22 de mayo en cabildo abierto y se alzó con los votos de las personas presentes. Posteriormente fue llamado el “Orador de la Revolución” y, junto con Belgrano, Moreno y otros, se convirtió en miembro del primer gobierno sudamericano sin miembros españoles, la Primera Junta.

Como hemos visto con estos dos ejemplos, los escritos jurídicos de estos dos abogados fueron la columna vertebral del camino de la independencia argentina frente a España. ¿Cómo fueron educados Castelli y Moreno? ¿Qué tipo de enseñanza del derecho les permitió practicar su profesión e interactuar tan sofisticadamente en la política internacional de sus días?

La importancia de la enseñanza del derecho: la formación de dos abogados argentinos

Comienzos

“De allí venían los más talentosos, los más decididos y los revolucionarios más enérgicos del territorio más grande de Sur América.”¹⁵

Tanto Castelli (1764-1812) como Moreno (1779-1811) nacieron en territorio argentino debido al azaroso destino de sus padres, ambos inmigrantes. El padre de Moreno fue un español que se embarcó a Sudamérica con un permiso real para ejercer la relativamente humilde profesión de contador. El padre de Castelli era un italiano de Venecia que se ganó la vida como farmacéutico.

Un curioso hecho vinculaba a Moreno y Castelli desde antes de que se conocieran: sus padres habían sido sobrevivientes de sendos naufragios. En 1767, el padre de Moreno se dirigía a Lima en un barco que naufragó cerca del Cabo de Hornos en Tierra del Fuego. En palabras de Manuel Moreno, “hecha pedazos la embarcación, tuvo la tripulación que subsistir por algunos meses, hasta formar con sus restos una pequeña, en que regresaron a Montevideo los que se habían salvado, de cuyo número fue mi padre. Desde entonces abjuró todo viaje de mar, e hizo diligencia de conseguir un establecimiento fijo en la tierra.”¹⁶ Ángel Castelli Salomón, el padre de Juan José, dejó Cádiz en 1742 y “el buque naufragó durante el viaje, pero Don Ángel, no sabemos de qué manera, salvó la vida”.¹⁷ Contrariamente a la tradición española de viajar a América para buscar fortuna u honor y volverse a España, ni los Moreno ni los Castelli consideraron regresar a casa, habían “quemado las naves”. A Mariano Moreno el destino le deparaba una trágica forma de recordarle el juramento paterno.

¹⁵ Agustín Pestalardo, Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires, p. 15 (Imprenta “Alsina” 1914).

¹⁶ Moreno, *supra* nota 8, pp. 24-25.

¹⁷ Chaves, *supra* nota 13, p. 24 (con cita a José Arturo Scotto, Origen y antigüedad de las familias argentinas: Terrero, en El Diario, Buenos Aires).

Castelli y Moreno fueron educados en las humildes y endebles escuelas primarias de Buenos Aires que reproducían el esquema tradicional español.¹⁸ En ellas apenas se aprendía doctrina cristiana, a leer y a escribir y las cuatro operaciones aritméticas básicas.¹⁹ Cuando Moreno tenía doce y Castelli trece años, ingresaron al Colegio Real de San Carlos para terminar su educación secundaria. Este colegio reproducía los modelos jesuitas, tanto en su ambiente, como en los métodos de aprendizaje utilizados en el siglo XVII. Luego de su expulsión a manos de Carlos III en 1767, los jesuitas continuaron financiando el crecimiento del colegio. Sus estudiantes tomaban cursos de gramática latina, filosofía y teología.²⁰ La vida de un colegial que estudiaba y vivía en el colegio era económicamente demandante. Por esa razón Moreno realizó su educación secundaria y universitaria como *capista*, es decir, viviendo en su casa.

Por su parte, luego de tomar algunas clases en el colegio, Castelli interrumpió sus estudios debido a un legado familiar que consistía en una beca para el hijo que eligiera ser sacerdote. La decisión de seguir una carrera religiosa le permitió a Castelli terminar su secundaria y continuar sus estudios universitarios en el Colegio de Monserrat, perteneciente a la Real Universidad de Córdoba del Tucumán, situado en la ciudad de Córdoba. Su biógrafo señala “Castelli es alumno aprovechado. Domina el latín a la perfección; es uno de los más aventajados en la clase de filosofía y no es mal teólogo. Es respetuoso y obediente.”²¹

¹⁸ “En América las primeras escuelas de educación son gratuitas: son costeadas por los cuerpos municipales de las respectivas ciudades, y quando no lo eran, la quota que se pagava por cada joven era tán baja que cada padre podía mandar á ellas sus hijos diariamente, los quales volvían a sus casas después de la horas de enseñanza. Ya en este tiempo había establecida en Buenos Aires, una Escuela con el título de Escuela del Rey, cuyos maestros eran pagados por el Erario Real, y en ella se enseñaba a leer, escribir y contar regularmente Quando estuvo en ella el joven Mariano fue sólo para perfeccionarse en los dos últimos ramos, pues el primero lo había cultivado bajo la enseñanza de su propia madre.” Moreno, *supra* nota 8, p. 27.

¹⁹ Chaves, *supra* nota 13, p. 25 (cita a Abel Chaneton, *La Instrucción primaria en la época colonial*, at 130).

²⁰ Este colegio secundario sigue abierto y continúa siendo muy prestigioso. Hoy se lo conoce como Colegio Nacional de Buenos Aires, forma parte del sistema de la Universidad de Buenos Aires y es una de las pocas instituciones meritocráticas que subsisten en Argentina

²¹ Chaves, *supra* nota 13, p. 29.

El Monserrat también sintió el impacto de la expulsión jesuita. Sus nuevos directores franciscanos toleraban la propagación de ideas de la Ilustración. Las obras de los grandes autores franceses (Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Diderot) se estudiaban y discutían en el colegio. Es importante destacar que la carrera académica de Castelli se desarrolló pocos años después de la declaración de independencia de las colonias británicas en Norte América y de la rebelión de Túpac Amaru en el Cuzco.²² Así, los estudiantes discutían intensamente los libros y las noticias que circulaban sobre estos eventos y muchos de ellos serían futuros compañeros de Castelli durante momentos clave de la vida política argentina.

Una vez finalizada su educación universitaria, Castelli se negó a continuar con el sacerdocio y optó por el derecho. No se conocen los motivos por los que no siguió el camino de su primo, Manuel Belgrano, y desechar la Universidad Española de Salamanca. Los historiadores suponen que fueron las dificultades económicas las que lo llevaron en 1786 a estudiar en la Universidad de San Francisco Xavier en la ciudad de Chuquisaca (o La Plata), provincia de Charcas.

Moreno elegiría el mismo destino en 1799 a pesar de haber llegado por un camino diferente. En efecto, luego de terminar sus clases en el colegio de San Carlos, pasó varios meses sin tomar una decisión sobre su futuro. La falta de recursos económicos necesarios para emprender sus estudios doctorales lo mantuvieron en Buenos Aires. En ese momento, un cura de la ciudad de La Plata (Chuquisaca) llegó a Buenos Aires de camino a Madrid para apelar una decisión de la Corte del Virreinato de Chuquisaca. El viaje del cura se retrasó cuando estalló la guerra en Europa, lo que le permitió escuchar la presentación de Moreno en sus exámenes finales del colegio. El cura estuvo tan gratamente impresionado que le ofreció a Moreno financiar su viaje a La Plata y ponerlo en contacto con personas que lo hospedarían allí para que pudiera continuar con sus estudios. El arreglo secreto entre el cura y el estudiante suponía que Moreno estudiaría derecho o teología.

²² Castelli "cumplió sus estudios con toda regularidad. En 1783, después de asistir a los cursos de gramática y latinidad durante los años 1781 y 1782, ingresó en la Universidad para oír las clases de filosofía y teología. En 1784, pasó al segundo curso; el tercero en 1785, y al cuarto en 1786..." *Id.* p. 29.

Viaje de ida: Poder y dinero

Al final del siglo XVIII, la Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco Xavier en la ciudad de Chuquisaca (hoy Sucre, Bolivia) era la mejor de Sudamérica.²³ Llegar hasta allí desde Buenos Aires requería viajar a caballo y mula, por lo menos, por un mes aguantando jornadas largas y dolorosas, hostales espantosos y la altura brutal de los Andes.

No obstante, el viajero que lograba alcanzar su destino llegaba a una ciudad de una blancura impactante, rodeada por los Andes y en la que el barroco español se combinaba con el arte nativo en innumerables iglesias y construcciones coloniales. La ciudad era dirigida por tres grupos sociales, cuyos intereses estaban íntimamente ligados: el poder judicial (la poderosa Real Audiencia de Charcas y sus jueces, los oidores), la Iglesia (y la Inquisición) y los docentes de la Universidad. Estas tres facciones competían por dominar la ciudad y los territorios circundantes.

La batalla de poder entre Iglesia, Universidad y Poder judicial (que representaba los intereses de la Corona) se refleja en la controversia que rodeaba el contenido y el rol de la educación en Chuquisaca. Se sabe que los estudiantes universitarios estaban familiarizados con pensadores de la Ilustración como Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Vitoria y Suárez. Pero ¿cuál era la posición de la Corona española sobre permitir o censurar esas lecturas?

Algunos dicen que, en un esfuerzo para fortalecer su propio poder, Carlos III se inclinó a permitir la lectura de estos teóricos modernos siempre y cuando ayudara a limitar el rol de la Iglesia Católica, que tenía una posición central en España y sus colonias. La expulsión de los Jesuitas en 1768 parece confirmar esta hipótesis.²⁴ Otros atribuyen el origen de la censura a España, y sos-

²³ Moreno, *supra* nota 8, p. 42.

²⁴ "El cambio operado en la dirección de la Universidad favoreció la propagación de las nuevas ideas. La enseñanza bajo los jesuitas estuvo orientada hasta en sus menores detalles para obtener de los alumnos la sumisión más absoluta al Pontífice y al Rey. El escolástismo defendía triunfante la construcción teológica que no ofrecía brecha. Expulsados los hijos de San Ignacio, fueron reemplazados por los franciscanos. Un autor comenta: 'Parece evidente que la enseñanza de los franciscanos contenía un mínimo de liberalismo, único compatible con las instituciones políticas y con el orden sacerdotal, bastante sin embargo para preparar el derrumamiento de todo el castillo colonial' (Enrique Mar-

tienen que estos libros modernos llegaban en barcos ingleses con otros bienes contrabandeados. En cualquier caso, quienes tenían el poder de censurar en Chuquisaca eran los mismos que querían leer esos libros. Como consecuencia, las luces del siglo XVIII brillaron con particular intensidad en el Alto Perú.

Los debates filosóficos alrededor de las ideas de la Ilustración, su validez y permisibilidad no fueron las únicas controversias. Otra cuestión igualmente problemática se relacionaba con la ubicación geográfica de Chuquisaca. Efectivamente, la ciudad estaba muy cerca de Potosí y sus minas, fuentes de la increíble riqueza de la Corona española durante tres siglos. Las leyendas relatan que se habría podido construir un puente entre América y Europa con la cantidad de oro y plata extraído de esas minas. Dado que las cortes estaban ubicadas en Chuquisaca, las controversias que recaían se hallaban bajo su jurisdicción. La vergonzosa situación de los nativos era evidente para cualquiera que tuviera la sensibilidad para percibirla. Las minas funcionaban con un sistema de esclavitud que mataba a la mitad de los nativos obligados a trabajar en ellas y dejaba a la otra mitad enfermos y cerca de la muerte. Las familias veían a sus hombres abandonar sus hogares sabiendo que posiblemente no los volverían a ver con vida.

Esto afectó profundamente a Castelli y a Moreno. Las propias palabras de Castelli a los nativos de Chuquisaca testifican su empatía: “la imagen de su miseria y abatimiento atormenta mi corazón sensible”²⁵ y “nada de nuevo. La vida es corta para leer lo escrito y actuado en la materia. Mal sistema”.²⁶ Posteriormente convertirían esos sentimientos en nuevas leyes: “Supresión de tributos, reparto de tierra, escuelas en los pueblos, caciques elegidos por las comunidades”.²⁷ Por su parte, el hermano de Moreno escribió un relato conmovedor sobre las impresiones de Moreno frente a la situación de las minas de Potosí.²⁸

tínez Paz, Una tesis de filosofía del siglo XVII en la Universidad de Córdoba. Córdoba, 1919).” Chaves, *supra* nota 13, p. 30.

²⁵ Chaves, *supra* nota 13, p. 44 (cita a Proclama de Castelli a los indios, Chuquisaca, Feb. 5, 1811).

²⁶ *Id.*

²⁷ Chaves, *supra* nota 13, p. 44 (cita a Castelli a la Junta de Buenos Aires, Oruro, 5 April 1811).

²⁸ Moreno, *supra* nota 8, pp. 60-72.

Los futuros abogados y jueces que controlarían el poder en Sudamérica eran personalmente conscientes de esta situación, sus injusticias, sus luchas de poder y complejidades; este fue el contexto en el que vivieron y estudiaron. No es coincidencia entonces que la *Oxford de América*, la Universidad de San Francisco Xavier, estuviera ubicada allí. Ofrecía una experiencia única a las Américas. Los abogados eran atraídos a Chuquisaca porque la educación que recibían ocurría en el interior de una esfera de poder económico, político e intelectual. El prestigio de la universidad y, especialmente, de la famosa Real Academia de Jurisprudencia, reflejaba y absorbía el poder alrededor de ellas.

Características generales de la Real Academia de Jurisprudencia de Chuquisaca

La formación de los abogados

La Universidad otorgaba el título de doctor en teología o en las dos ramas del derecho: civil y canónico. Una vez graduados como doctores, los estudiantes estaban listos para ingresar a la Real Academia Carolina de Jurisprudencia, que era una institución independiente. La Universidad era el centro natural de debates, información y educación. No obstante, la razón que justificaba la muy merecida fama de Chuquisaca (que atraía a la juventud más brillante de Sudamérica para entrenarse como abogados) era la Academia. Su importancia se evidenciaba por su clara conexión con la élite; un oidor (juez) de la Audiencia (los tribunales) presidía las sesiones públicas más importantes de la Academia y era parte del palacio del arzobispado. Pero estas características solo constituyen una muestra de la grandeza y relevancia de esta institución.

La Academia era notable por su rigor intelectual y académico y por la calidad de su educación. El derecho se estudiaba como una práctica argumentativa a través de juicios simulados. En ellos, los estudiantes asumían los roles de abogados de las distintas partes en los casos inventados por los profesores, quienes hacían el papel de jueces.

Los estudiantes iban a clase dos veces por semana, en las que revisaban ejercicios preparados por los profesores o escuchaban exposiciones impartidas por otros estudiantes en temas que les eran asignados el día anterior. Algunas clases y exámenes eran presididos por un oidor de la Real Audiencia. En estas sesiones, los estudiantes argumentaban distintas posiciones y escribían memoriales y decisiones judiciales. Los exámenes de ingreso y egreso eran orales y públicos y frecuentemente tenían por objeto (y a veces producían) importantes controversias legales, políticas y sociales. La Academia estaba ubicada en el Palacio del Arzobispado y tenía una cámara que siempre estaba llena de estudiantes. “Voy a la cámara” o “la cámara está agitada” eran frases que se escuchaban con frecuencia. Los exámenes finales tenían dos partes: teórica y práctica. El examen oral público era solemne. Se seleccionaba un expediente completo y el estudiante tenía que describir sus cuestiones jurídicas y decidirlo tal y como lo haría un juez.

Por ende, la enseñanza del derecho de aquellos responsables de la independencia argentina ocurrió en un clima de discusión política e ideológica. El conocimiento de distintos eventos y noticias mundiales llegaba libremente a Chuquisaca. La facultad de derecho era un centro de debate y los estudiantes estaban abiertos a ser persuadidos por nuevas doctrinas. Además, su entrenamiento profesional y posdoctoral desarrollaba en ellos habilidades dialécticas y retóricas, concibiendo así al derecho como una práctica argumentativa compleja. El hermano de Moreno lo describía de esta manera:

Esta academia está en un pie de mucha utilidad para los alumnos, y a esfuerzos del celo de algunos profesores que han tratado de perfeccionarla su estado de propiedad deja muy poco que desear. Dos años es necesario gastar en el estudio de los principios del derecho y del código nacional, y en todo este tiempo es promovido el adelantamiento por penosos ejercicios sobre la materia, recuentes disertaciones, que se hacen producir sobre un punto escogido a la suerte veinte y cuatro horas antes, y en fin cuando por actos solemnes que son obligados los alumnos a defender en público, han merecido la aprobación de los jefes del instituto, obtienen entonces el grado de bachiller que es el que se requiere para ejercer la

facultad de abogado, siendo el de doctor en ella un título que suena más alto que el primero, pero que en realidad no es otra cosa que un mero adorno. Concluido el tiempo de la academia, deben adquirir la práctica del foro, asistiendo por otros dos años al estudio de un letrado, y a los juicios del tribunal, sin cuyo requisito no quedan hábiles para ser admitidos a un examen privado que hacen los jueces de la audiencia, en cuya jurisdicción tratan de ejercer la profesión, y es el último requisito que la ley les exige para reconocerlos por tales abogados.²⁹

Este relato del hermano de Moreno y las descripciones que le preceden describen algunas cuestiones sorprendentes: I) en la Academia, el objeto de estudio era el derecho nacional, no el derecho romano o canónico que era materia exclusiva del doctorado de la Universidad; II) la Academia de Jurisprudencia exigía la defensa pública de posiciones provenientes de “penosos ejercicios”, un trabajo sumamente riguroso, para obtener el título que permitiría al estudiante avanzar a un siguiente paso; III) este consistía en una práctica profesional de dos años en un despacho de un abogado (un sistema de pasantías obligatorio); IV) dicha práctica culminaba en un examen ante el tribunal de la jurisdicción donde el estudiante aspiraba a ejercer. Estos elementos se combinan para desarrollar una clase intelectual de abogados expertos en las artes que distinguen al estadista. Los egresados de estas instituciones eran capaces de defender sus posiciones razonando y argumentando, conscientes de los múltiples enfoques necesarios para defender ambos lados de una misma controversia, y entendían y podían justificar una mirada más amplia (basada en la justicia y el derecho, no solo en los estrechos intereses de las partes), necesaria para decidir un caso como lo harían los jueces. Por último, eran oradores capaces de persuadir con habilidades retóricas refinadas incorporadas a su bagaje de destrezas a través de una intensa práctica lograda en exámenes orales y juicios simulados.

²⁹ *Id.* pp. 54-55.

La Real Academia Carolina de Jurisprudencia en Chuquisaca y el proyecto político de los españoles borbónicos

Políticas ilustradas

Ilustrados y progresistas, los Borbones habían procurado asimilar algunos de los buenos principios económicos, administrativos y políticos que por entonces comenzaban a elaborarse (...) Pero la semilla dio mejor fruto de lo que esperaban – y deseaban – quienes la plantaron, porque prendió con fuerza en algunos espíritus que quisieron llevar sus principios hasta sus últimas consecuencias. Y las últimas consecuencias eran el liberalismo económico y el liberalismo político, realizado este último bajo la forma republicana.³⁰

La historia del origen y desarrollo de las academias de jurisprudencia empieza en realidad en el siglo XVIII cuando Carlos II, el último de los Habsburgo de la casa de Austria, murió sin descendencia y dejó como sucesor al trono español a Felipe V, el nieto del Rey Luis XIV de Francia. A pesar del hecho de que el testamento de Carlos preveía que Felipe renunciaría a la Corona francesa, la actitud de Luis XIV poco después de que Felipe asumiera el trono español fue cada vez más prepotente y sus ejércitos avanzaron sobre los territorios españoles. La posibilidad de que los Borbones ocuparan simultáneamente los tronos francés y español, a pesar de varios acuerdos, alarmó a las potencias europeas porque esa alianza alteraría el equilibrio de fuerzas llevando inevitablemente a una hegemonía francesa. La situación escaló cuando en 1702 estalló la guerra por la sucesión de España entre Francia, España, Portugal y la Gran Alianza (Austria, Inglaterra, Holanda y Dinamarca). Más de 10 años después, en 1713, se firmó el tratado de Utrecht que proclamó la paz, con el cual Felipe obtenía el trono español, pero sin mantener alianza alguna con Francia. Inglaterra resultó en definitiva ganadora al obtener varios beneficios territoriales y un permiso para que una vez al año una nave británica comerciara con las colonias españolas.

³⁰ Jose Luis Romero, *Las Ideas Políticas en Argentina*, p. 41 (Fondo de Cultura Económica, 4ta ed. 1975).

En este contexto, los monarcas españoles de la casa de Borbón entendieron que el éxito de su reino estaría enlazado con su capacidad para mantener la hegemonía imperial de España en los mares y en el comercio con las colonias. Por ende, las reformas realizadas por los siguientes tres reyes Borbones (Felipe, Fernando, y, sobre todo, Carlos III) siguieron por esta senda con la característica, dado el origen de la familia real, de que eran típicas reformas de monarcas ilustrados influenciados por la Ilustración francesa. De esta forma, por primera vez en el siglo XVIII, España desarrollaba reformas institucionales que fortalecerían su posición como una potencia europea.

Uno de los cambios más importantes fue la profunda reforma administrativa que permitió la construcción del Estado imperial español del siglo XVIII. La reforma dividió al reino en provincias, estableciendo la institución francesa de la Intendencia en cada una de ellas. Esta partición política garantizó una mejor administración y control que el poder concentrado en las manos del monarca. Además de una mayor presencia real a través de los vastos territorios españoles, el Estado intervino de manera significativa en la economía creando instituciones bancarias fundamentales, reduciendo el monopolio al permitir que las personas comerciaran entre España y América ³¹ (lo que incrementó la recaudación tributaria y generó la necesidad de estructuras administrativas más sofisticadas) e instituyendo mayor control de los mares a través de una marina española mejorada. Estas reformas tendieron a mantener e incrementar la hegemonía española marítima sobre las colonias, tornando más eficiente al sistema administrativo. La división del territorio español en América en distritos empezó con el Virreinato de Lima y terminó en 1776 con la creación del Virreinato del Río de la Plata.

Junto con las reformas administrativas, los Borbones crearon numerosas instituciones basadas en ideales de la Ilustración, entre las cuales estaba la Real Academia Española, la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, la Real Academia de Historia, y de particular interés aquí, las Reales Academias Teórico-Prácticas de Jurisprudencia. Estas academias fueron el resultado de

³¹ “En 1778 Carlos III dictó el Reglamento del comercio libre, al que siguieron luego otras medidas parciales, gracias a las cuales el tráfico con los puertos españoles y coloniales pudo desarrollarse con mayor intensidad.” *Id.* p. 49.

dos movimientos que ocurrieron en tándem: las reformas borbónicas que tendían a dar al Estado español más autonomía respecto de las decisiones de la Iglesia y la oportunidad que se presentó en la arena educativa cuando se creó un vacío dejado por la confrontación, y ulterior la expulsión, de la orden jesuita de los territorios españoles.

El tema de la educación fue particularmente relevante en el contexto del enfrentamiento entre los Borbones y la Compañía de Jesús. En efecto, los jesuitas habían adquirido una influencia importante, si no exclusiva, en el campo de la educación superior. Antes de su expulsión, administraban 105 escuelas y 12 seminarios en España y 83 escuelas y 19 seminarios en Sudamérica, todos ubicados estratégicamente en ciudades claves del territorio español.

La confrontación entre los jesuitas y la Corona tenía diversos orígenes. Sin embargo, dos asuntos eran los más destacados. La actitud de obediencia de los jesuitas al papa contradecía abiertamente las políticas reales que los Borbones querían que se afincaran en España ³², que apuntaban a incrementar la soberanía real a través de reformas que hicieran a las políticas públicas más independientes de los mandatos papales. Segundo, las misiones jesuitas en la frontera de Brasil con Paraguay, creadas para convertir a las poblaciones indígenas, estaban creciendo en importancia política, territorial e incluso militar.

La tensión aumentó a mitad del siglo XVIII. En 1750, España aceptó el tratado de Permuta de Madrid, dando a Portugal parte del territorio ocupado por las misiones jesuitas, lo que produjo la guerra Guaranítica, uniendo a España y Portugal contra los pueblos indígenas liderados por los curas jesuitas. Las potencias europeas resultaron victoriosas en la guerra, que duró tres años y terminó en 1757. Como resultado los jesuitas fueron expulsados de los territorios portugueses en 1759, y luego de los territorios españoles en 1767. Los bienes jesuitas fueron decomisados por la Corona y usados de diversas formas. En el campo de la educación, los Borbones aprovecharon la infraestructura dejada por los jesuitas para incrementar los estudios y la investigación científica bajo el marco de la Ilustración francesa.

³² “Sin atacar de frente a la iglesia misma – porque no fue mucho menor el sentimiento religioso de esa época – el poder real se hizo fuerte en la política llamada “regalismo”, de acuerdo con la cual el Estado rechazaba toda injerencia de la Iglesia, a la que no se reconocía, como institución, derecho alguno para interferir con la voluntad real” *Id.* p. 45.

La expulsión de los jesuitas tuvo un impacto enorme. El historiador argentino José Luis Romero señala: “Los jesuitas fueron eliminados y con ellos cayó, en la Colonia, el más fuerte puntal de la concepción autoritaria. Quizá esta circunstancia favoreció más que ninguna otra el florecimiento del espíritu liberal.”³³ Por ende, durante el siglo XVIII, los Borbones perpetuaron y reforzaron el movimiento hacia una mayor autonomía del Estado español y el control central de la Corona a través de un sistema administrativo y de un marco regulatorio cada vez más sofisticado. Esto requirió de personal entrenado para implementar el sistema en el inmenso territorio del imperio español. Para lograrlo se llevaron a cabo diversas reformas educativas.

Las reformas administrativas sistémicas de este tipo, incluidas aquellas del sistema educativo, cuya intención era consolidar el poder monárquico, tienen orígenes antiguos. Como explica la profesora Ma. Del Refugio González Domínguez, pueden ser identificadas por determinadas características:

De la dispersión política que había sido dominante a lo largo de los siglos altomedievales comenzó a transitarse hacia las estructuras centralizadas que hicieron posible la formación y el desarrollo de los Estados modernos. El proceso se desarrolló entre el siglo XI y XIV, y tuvo especificidades propias en cada una de las regiones de la Europa occidental. Al margen de las diferencias que representaban en cada caso particular, hay constantes que permiten identificar a la serie de factores que se presentaron como pertenecientes al mismo fenómeno. Entre estas constantes pueden señalarse, por lo menos, las siguientes: a) la constitución de un aparato burocrático en torno al rey; b) la sustitución de jueces populares por jueces técnicos en la administración de justicia, la cual cada vez más era impartida en nombre y por la autoridad del rey, y c) la necesidad de argumentar los fundamentos jurídicos de las partes en el proceso para que el juez los tomara en cuenta al dictar la sentencia.³⁴

³³ *Id.* p. 56.

³⁴ María Del Refugio González, Constituciones de la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, en Anuario Mexicano de Historia del Derecho Vol. II, pp. 267, 267 (Ciudad Universitaria 1989).

Con el fin de implementar estas reformas descritas por González Domínguez, el impulso de los Borbones hacia un control real y centralizado requería que los operadores/practicantes del derecho fueran entrenados en el conocimiento y aplicación de estos mandatos; es decir, tenían que conocer el derecho nacional y tener las herramientas intelectuales necesarias para implementarlas bajo diversas circunstancias. No obstante, las universidades no estaban académicamente preparadas para realizar esta tarea, y tampoco tenían la intención de impulsar el espíritu de la Ilustración que la Corona perseguía para la nación española. Los Borbones necesitaban una academia para crear los funcionarios que consolidarían su aparato estatal emergente.

Como se mencionó anteriormente, la tradición de la enseñanza del derecho consistía básicamente en la enseñanza del derecho romano (el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano) y el derecho canónico.³⁵ Sin embargo, a medida que las necesidades políticas y administrativas se incrementaban, los reyes buscaron formas de controlar el entrenamiento de los profesionales del derecho, exigiendo que un graduado de una universidad que quisiera practicar el derecho hiciera una pasantía de dos años en un estudio de abogados y rindiera un examen ante la corte de la jurisdicción en la que quisiera ejercer. Junto con estos requisitos, se crearon colegios de abogados para beneficiar a sus integrantes. Por ende, el derecho fue convertido en una profesión cuyo desarrollo estaba conectado con las necesidades de la Corona.³⁶

³⁵ “A lo largo de varios siglos, en las facultades de leyes de las universidades europeas la enseñanza del derecho se basó en el estudio más o menos amplio de algunos de los textos y cuerpos jurídicos comprendidos en el *Corpus Iuris Civilis*, elaborado por el emperador Justiniano en el siglo VI d. C. La transmisión del contenido de este “cuerpo de derecho” permitía formar a quienes se desempeñarían como letrados, abogados, notarios, procuradores o académicos en un medio que iba requiriendo cada vez más del conocimiento del derecho” *Id. pp. 267.*

³⁶ “Paulatinamente los monarcas se inmiscuyeron todavía más en el mundo de los juristas establecimiento que para litigar en los tribunales del reino era necesario sustentar un examen, ante la audiencia o el tribunal superior de la localidad, en le cual el sustentante debía mostrar que conocía no sólo la “dogmática jurídica” sino también las leyes del reino. Este hecho corre paralelo al del establecimiento de los colegios de abogados como órganos de protección y defensa de sus agremiados.. Protección al mercado de trabajo y a las viudas y huérfanos y defensa de sus intereses corporativos. La profesión del “abogado” se separó así de la del conocedor del derecho. En adelante los títulos de bachilleres, licenciado o doctor eran insuficientes para que el sujeto que los ostentaba pudiera representar a las partes en el proceso. Quedaron separados el conocimiento teórico y el práctico.” *Id. p. 268.*

La expansión de las academias de jurisprudencia en España y las colonias

El impulso de los Borbones hacia la concentración del poder administrativo, político y económico en manos de la monarquía, con un conocimiento ilustrado pero distanciado de los dictados del papa, preparó el escenario para la consolidación del sistema de educación en el que surgieron las academias de jurisprudencia, junto con las otras mencionadas previamente. Como sostiene González Domínguez:

En España, las Academias de Jurisprudencia teórico-práctica surgieron con el propósito de enseñar en ellas el derecho creado por el rey o sus órganos delegados, cuya enseñanza no había cuajado en las universidades, a pesar de los intentos por reformar los planes de estudio realizados por los monarcas Borbones. Así pues, fueron un instrumento de la Corona para imponer la enseñanza del cuerpo de legislación real aplicable a los tribunales, cada vez más, a medida que se iba logrando la unificación jurídica.³⁷

Así, los Borbones sustituyeron la pasantía en un estudio jurídico por un curso en la academia de jurisprudencia. El curso enseñaba a los futuros abogados el contenido del derecho nacional creado por la Corona mientras que, simultáneamente, a través de varios métodos, desarrollaba las destrezas que necesitarían para el ejercicio de la profesión en el nuevo marco reglamentario.³⁸ La siguiente descripción de la fundación de la Academia de

³⁷ María del Refugio González, La Práctica Forense y la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica De México (1834-1876), en Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano, p. 282 (Universidad Nacional Autónoma de México 1984).

³⁸ "En el siglo XVIII muy vivamente se sintió la necesidad de cambiar la formación de los profesionales del Derecho, basada fundamentalmente en el Derecho romano-canónico y un tanto al margen de la realidad vivida en los tribunales y la administración. Había que renovar los métodos de enseñanza y atender más y mejor al estudio del Derecho español, en sus leyes y principios constitutivos. Y en tal sentido se hicieron esfuerzos de renovación, por más que el peso de la tradición siguiera siendo muy fuerte. Entre esos esfuerzos destacan los llevados por iniciativa individual, bajo los auspicios de la administración central. Una serie de Academias de práctica jurídica fueron surgiendo en la segunda mitad del XVIII, especialmente en Madrid, aunque no faltaron algunos ejemplos en provincias. Se trataba en estas Academias de completar la formación teórica con la práctica del Derecho y el propio estudio de la legislación española, a través de la realización de una serie de ejercicios de índole «especulativa y práctica»." José Luis Bermejo Cabrero, La Academia de Práctica Jurídica de San Carlos Borromeo de Valladolid, in Estudios En Memoria Del Profesor D. Salvador de Moxo 161, 161 (Universidad Complutense de Madrid 1982). Para mayor información sobre el Derecho Romano y la enseñanza del derecho local en el Siglo XVIII, ver Francisco Tomás Y.

Madrid evidencia la estrecha relación entre los ministros ilustrados de los reyes Borbones y la fundación de estas instituciones:

El origen de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se remonta al año 1730, en que la Junta de Jurisprudencia Práctica empieza a reunirse en Madrid en casa del Abogado de los Reales Consejos don Juan Antonio Torremocha. La corporación se componía de 30 Académicos de Número. En 1739 imprimió sus primeros Estatutos. Celebraba dos reuniones semanales, los lunes y los jueves, y en ellas un Académico leía una disertación que luego era discutida entre todos. Los miembros más destacados de la corporación, en esos años iniciales, eran Nicolás Álvarez Cienfuegos, Tomás Ibáñez, Pedro Joaquín Murcia, Bartolomé Galán y José Moñino, futuro Conde de Floridablanca y Secretario de Estado de Carlos III. A don José Moñino, que fue Presidente de la Academia, se debe la Real Cédula de 20 de febrero de 1763, en que se reconoce oficialmente a la Academia, bajo el título de Real Academia de Leyes de estos Reynos y de Derecho Público, con la advocación de Santa Bárbara. La Academia funcionaba “por pluralidad de votos” y disfrutaba de gran independencia, convocabía premios e inició la formación de una importante biblioteca, cuyos volúmenes son el núcleo de la actual biblioteca de la Academia.³⁹

La admisión a las academias requería al menos el grado de bachelier en uno de los campos del derecho (romano o canónico) y ciertas calificaciones personales o familiares. Como afirmaban los Estatutos de la Academia de Valladolid, quien quisiera ser admitido necesitaba ser “bien nacido, de buena vida y costumbres...”⁴⁰ Una vez presentada la aplicación para la admisión, el candidato debía tomar un examen que consistía en un interrogatorio sobre los contenidos de lo estudiado en la universidad, es decir, sobre el derecho civil, el derecho de gentes o canónico, o en algunos casos, ejercicios de simulación similares a aquellos desarrollados en las academias.⁴¹ Los candidatos que ya contaban con grados

38 Valiente, Manual de Historia del Derecho Español, pp. 386-392 (Tecnos, 3ra ed. 1981).

39 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, disponible en <http://www.rajyl.es/organizacion/historia-rajyl.aspx>

40 Berméjo Cabrero, supra nota 38, p. 169.

41 *Id.* p. 161.

más avanzados solo tenían que hacer una presentación oral sobre las leyes españolas en frente del presidente de la academia.⁴²

Después de ser admitidos a la academia, los estudiantes concurrían una vez por semana a participar en ejercicios teóricos y prácticos. Los primeros eran disertaciones sobre la doctrina o explicaciones de textos que posteriormente eran discutidos por el resto de los integrantes.⁴³ Los segundos se asignaban buscando que se asemejaran a la práctica jurídica real. Un historiador expresa su sorpresa frente a los ejercicios prácticos de la Academia de Aragón:

La Academia Aragonesa ha conseguido recuperar los viejos Estatutos por los que se regía su antepasada. A través de los mismos puede hoy conocerse con bastante exactitud el tipo de actividad a que se dedicaba. La Academia se había formado con una vocación predominantemente didáctica. En ella trata de formarse a los nuevos juristas prácticos aragoneses, utilizando un método curioso que, todavía algunos, hemos tenido la oportunidad de practicarlo en las aulas universitarias: se trata de la resolución de casos jurídicos, mediante el sistema de un proceso judicial simulado; una suerte de representación escénica de lo que podía ser un juicio real.

Así, en la parte denominada 'Estatutos de los casos figurados, consultas y apuntamientos de los Pleytos', las normas de la Academia establecían como objetivo de la misma el que "con la variedad de casos y sus decisiones logre la Academia el complemento en la ciencia práctica"

Para ello, 'se ordena que por apuntamientos o casos figurados de Pleytos, y arreglándose en lo judicial a ellos, se hagan y formen Autos.' De esta manera, un asunto de interés, lo que llamaríamos hoy un caso práctico, se sometía para su debate y resolución a un simulado proceso judicial, siguiendo la misma estructura de éste.⁴⁴

⁴² *Id.*

⁴³ Ver *id.* p. 166-67.

⁴⁴ Jose Luis Merino y Hernández, Enseñanza del Derecho y Función de las Academias, en 64 Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (El Copista 1999).

Los territorios españoles de Sudamérica tuvieron que esperar hasta la última parte del siglo XVIII para acceder a la institución de la academia de jurisprudencia. La demora fue atribuida a la distancia y complejidad de implementar políticas públicas sobre esos vastos territorios. No obstante, una explicación que toma en cuenta la coincidencia de las fechas y las confrontaciones que las reformas borbónicas generaron, sugiere que el retraso pudo haber sido causado por resistencia de las universidades, de la Iglesia católica romana en general y de las instituciones jesuitas en particular, pues permitir que esas nuevas ideas entraran a sus territorios podía significar perder el poder de la administración de justicia.

En México, “en el virreinato de Nueva España, el currículo de la Real y Pontificia Universidad de México seguía de cerca los modelos característicos de la península Ibérica; estos eran aún más arcaicos pues no implementaban los grandes cambios del último tercio del siglo XVIII.”⁴⁵ “La Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México sirvió para la misma función que había sido asignada a ese tipo de institución en la metrópolis. En España, la autoridad del derecho real se sobreponía a aquella de las ciudades y señores feudales; en la América Española, se sobreponía a la autoridad del Derecho Romano. La academia mexicana estaba modelada a la luz del Estudio Real de San Isidro en Madrid y ambas eran parte de la batalla entre el derecho real y el derecho romano”.⁴⁶

La manera de estudiar en la academia mexicana reflejaba la de la península:

Los estudiantes que eran registrados en algunos de los precintos donde existía la carrera de abogado tenían que asistir a la academia por cuatro años para adquirir la formación que les permitía tomar el examen de abogado, un requisito indispensable para poder litigar ante las cortes. Cada martes del año, exceptuando el periodo de vacaciones, los jóvenes estudian-

⁴⁵ Jorge Mario García Laguardia & María Del Refugio González, Significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Alvarez, en *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, pp. 74-83 (ed. facsimilar de la edición Mexicana de 1826) (Universidad Nacional Autónoma de México 1982).

⁴⁶ González, *supra* nota 37, pp. 282-83.

tes iban a la academia a hacer sus ejercicios. Los cursos enseñados estaban directamente relacionados con el ejercicio de la profesión tanto en sus aspectos prácticos como teóricos. Esto es, estudiaban los textos doctrinales que describían las instituciones jurídicas de acuerdo a la legislación real que había sido dictada sobre esos textos desde el siglo XVIII aproximadamente. La escolaridad mínima para tener acceso a los cursos de la academia era el grado de bachiller en derecho canónico o civil...una vez [que] los requerimientos eran satisfechos por el estudiante, la academia emitía un certificado de asistencia y del nivel de estudio, el cual tenía que ser presentado ante la corte real para que el estudiante tuviera el derecho de presentar el examen de abogado.⁴⁷

El territorio que posteriormente se convertiría en Argentina no era, en sus comienzos, un lugar muy amigable para la práctica del derecho. La resistencia hacia los abogados puede explicar por qué la única universidad que ofrecía enseñanza del derecho en el territorio de la Argentina era la poco prestigiosa Universidad de Córdoba. Dicha resistencia hacia los abogados se debía a que ellos y su profesión eran percibidos como fuente de conflictos y catástrofes:

Una de las cláusulas del contrato firmado en marzo 18 de 1540, entre el Rey y Alvar Núñez Cabeza de Vaca, enviando la expedición al Río de la Plata señalaba que “ningún abogado podrá pasar por estas partes”⁴⁸ y “...los años pasan y la aversión contra los abogados no se detiene. Cuando se dio cuenta del gradual desmoronamiento de la antigua catedral en 1752, el gobernador de Buenos Aires, Don José Andonaegui en un comunicado al Virreinato del Perú, atribuyó la catástrofe al “castigo caído del cielo por los continuos litigios, odio y rencor que los abogados han fomentado entre los vecinos”.⁴⁹

Más allá de los prejuicios que siempre han rodeado a las profesiones jurídicas, la aversión al desarrollo de la práctica jurídica en Argentina estaba conectada al sistema político descrito en la sección anterior. La concentración de poder colonial en Lima, Chuquisaca y otras ciudades españolas a cargo del sistema adminis-

⁴⁷ *Id.* pp. 283.

⁴⁸ Pestalardo, *supra* nota 15, pp. 4-5.

⁴⁹ *Id.* p. 6.

trativo del imperio no ayudó a generar una clase profesional criolla con incentivos para acompañar el desarrollo institucional o la defensa de derechos de las personas. Mantener a la enseñanza del derecho cerca del lugar donde el derecho era producido, interpretado y ejecutado era también una forma de control colonial.⁵⁰

De manera, pues, que pasó casi todo el siglo XVIII sin que fuera posible entre nosotros graduarse en jurisprudencia sin abandonar lo que actualmente constituye el territorio argentino. Había que ir a Charcas o a Santiago de Chile, a no ser que se pudiera y prefiriera atravesar el Océano, como Manuel Belgrano, que cursó derecho y se licenció en Salamanca.⁵¹

La Revolución de Mayo modificó radicalmente esta situación: el desarrollo del derecho se convirtió en una parte fundamental de los cambios institucionales que seguirían. La forma de enseñarlo no sería la excepción.

Buenos Aires reclama su justo lugar

Como se mencionó previamente, en 1810 el pueblo de Buenos Aires tomó el poder e instauró la Primera Junta. Un tema quedaba pendiente a pesar de que ya se había discutido en la asamblea del 22 de mayo. Una vez que Castelli dio su discurso allí, un miembro de la oposición preguntó: “¿Si el poder vuelve al pueblo, por qué debería volver al pueblo de Buenos Aires?” Esta pregunta acecharía eternamente a la Argentina y fue una de las discusiones más difíciles por décadas: ¿Por qué Buenos Aires y no otra u otras provincias? La respuesta de los padres fundadores fue que la decisión sería meramente temporal. Buenos Aires actuaría como una hermana mayor, dijeron, y posteriormente llamaría a las provincias para que enviaran representantes con el fin de formar una asamblea más amplia, la Junta Grande. Esa respuesta paternalista sembró el tono para la futura y trágica división entre Buenos Aires y el resto de la Argentina.

⁵⁰ “Los abogados, además de su conocimiento de ciencias peligrosas, eran competidores en la carrera administrativa, posibles émulos y censores ilustrados del gobierno. Había un interés inmediato y económico, en evitar que se formaran clases dirigentes criollas.” Id. pp. 7 (cita a Juan Agustín García, *La Ciudad Indiana* 227-228 (Buenos Aires desde 1600 hasta mediados del siglo XVIII) (A. Estrada y cía. 1900)).

⁵¹ Pestalardo, *supra* nota 15, p. 13.

La Primera Junta trabajó a un ritmo demencial. La situación era difícil, pues había territorios que aún estaban en poder de grupos leales al régimen español. La Primera Junta envió un ejército a destruir a la oposición armada en Córdoba y después a captar seguidores en otras provincias. Castelli, que era el representante del nuevo gobierno, pudo reunir un ejército entusiasta que ganó las primeras batallas para los criollos, liberó pueblos indígenas de las minas y trató de suprimir la oposición de los propietarios de tierras y dueños de esclavos. Buenos Aires se negaba a aceptar a esos ricos terratenientes como representantes de las provincias y retrasó su incorporación. El grupo revolucionario enfrentó un nuevo reto: la feroz reacción de los conservadores en Buenos Aires. La división entre los revolucionarios liberales, que se rehusaban a los llamados democráticos que llegaban desde las provincias y los conservadores, quienes rechazarían el dictado de una constitución y una declaración de derechos, se convirtió en una larga separación que sumergió a Argentina en una guerra civil que duró unos cincuenta años, la lucha entre unitarios y federales.⁵²

Los unitarios eran principalmente residentes de Buenos Aires. Cosmopolitas e intelectuales, aspiraban a hacer de la Argentina una nación más cercana a Europa que a Latinoamérica. Les parecía que las tradiciones que habían heredado de España, junto con la cultura criolla y el caudillismo eran causas de atraso y desorganización. Eran liberales porque creían en el libre mercado, sin embargo, también creían en una democracia restringida, lo que ulteriormente se convirtió en el significado del término “liberal” en Argentina. Los unitarios eran dueños de la fuente de riqueza más grande del país: las operaciones aduaneras en el puerto de Buenos Aires y en ese sentido lucharon por hacer de Buenos Aires la provincia donde debía residir el poder. Los federales, por otro lado, creían en las tradiciones sociales y religiosas heredadas, eran protecciónistas que se oponían a la libertad de comercio y apoyaban la igualdad entre las provincias.

⁵² “Argentina entró en uno de los períodos más difíciles y confusos de su historia, comparable en algún sentido a lo que habría sucedido en los Estados Unidos si la Guerra Revolucionaria, la Guerra de 1812, el Colapso de la Confederación, la Guerra Civil y la Guerra Franco-India hubieran sucedido todo al mismo tiempo”. Shumway, *supra* nota 2, p. 65.

El fracaso de Argentina en establecer un sistema constitucional viable estaba atado a esta dicotomía. Los intentos por escribir una constitución fueron invariablemente propuestas unitarias, que fueron sistemáticamente rechazadas por los federales en 1817 y 1827. Un estado de anarquía prevaleció por 20 años hasta que un federal, Juan Manuel De Rosas, tomó el poder en 1829 e instauró una dictadura que duró dos décadas. Estaba convencido de que Argentina debía convertirse primero en una nación unida, como preludio, para recién después redactar una constitución. Su gobierno aplastó toda oposición hasta que fue derrotado en 1852 por otro caudillo, Justo José de Urquiza.

La guerra de independencia y las guerras civiles cortaron las conexiones con Chuquisaca. Debido a esto, la Universidad de Córdoba era la única facultad de derecho en el país naciente. La Universidad Mayor de San Carlos de Córdoba, fundada en 1614, no era un lugar con suficiente reputación para estudiar derecho. La mayoría de los estudiantes que se graduaban del Colegio Monserrat de Córdoba partían hacia Chuquisaca en búsqueda de una mejor formación jurídica. No obstante, en 1813, Córdoba diseñó un nuevo plan de estudios con la intención de mejorar la enseñanza del derecho, que fue aprobado en 1815. El plan organizaba la matriz de materias alrededor del derecho romano y nacional, el derecho público y el derecho de gentes.

En 1820 la guerra civil llevó a la Argentina al pico de la anarquía. Bajo el control de sus respectivos caudillos, las provincias se aislaron cada vez más unas de otras. La provincia de Córdoba estaba gobernada por su caudillo, el jefe militar Juan Bautista Bustos, y la Universidad de Córdoba perdió su carácter nacional. La reforma curricular implementada en este periodo promovió un “firme arraigo a lo tradicional y hasta cierto desdén por las innovaciones que postulaban las obras del siglo.”⁵³ No obstante, en 1821 se creó en Córdoba, bajo el modelo español, la academia de jurisprudencia. Hay muy poca información sobre esta, , aunque aparentemente funcionó hasta 1873.⁵⁴ Alrededor de 1830 la Universidad de Córdoba se encontraba en declive.⁵⁵

⁵³ María Isabel Seoane, *La Enseñanza del Derecho en la Argentina: Desde sus Orígenes hasta la Primera Década del siglo XX*, p. 46 (Editorial Perrot 1981).

⁵⁴ Ver *id.* pp. 81-82.

⁵⁵ Ver *id.* p. 47.

La Corte de Buenos Aires, conocida como la Audiencia, fue creada en 1785. Regulaba la admisión al ejercicio profesional en Buenos Aires, exigiendo a los graduados de las universidades hacer una larga pasantía en un estudio de abogados y aprobar un examen impartido por la propia Audiencia. En 1815, en búsqueda de su propia identidad para afirmar su superioridad sobre las otras provincias, Buenos Aires abrió su propia academia de jurisprudencia. Chuquisaca estaba muy lejos para que los aspirantes a abogados se animaran a viajar para estudiar derecho. Los estudiantes de la nueva Academia iban a clase por tres años y posteriormente completaban un periodo de entrenamiento en un estudio de abogados. La idea de que los abogados ya establecidos tuvieran la responsabilidad de entrenar a los abogados más jóvenes seguía siendo aceptada.

No obstante, Buenos Aires no tenía su propia universidad y seguía siendo dependiente de que otras ciudades graduaran a estudiantes de la carrera de derecho. Por ello, el 9 de agosto de 1821, el gobierno de la provincia de Buenos Aires creó la Universidad de Buenos Aires. Un departamento de estudios jurídicos era claramente necesario para una oferta educativa completa.⁵⁶ El nuevo departamento de derecho ofrecía dos cursos, uno en derecho natural y derecho de gentes y otro en derecho civil.⁵⁷ El profesor Antonio Sáenz, un seguidor de Hugo Grocio, dictaba el primer curso. El segundo tenía una orientación utilitarista. Su titular, Pedro Alcántara de Somellera, implementó una aproximación al derecho basada en Jeremy Bentham. En la década siguiente, la Universidad de Buenos Aires comenzó a ofrecer cursos en economía política y derecho canónico.⁵⁸

⁵⁶ Ver *id.* p. 55.

⁵⁷ Ver *id.* p. 56.

⁵⁸ "Al iniciar su vida la Universidad de Buenos Aires, el movimiento de ideas jurídica estaba representado, entre nosotros, por dos tendencias. Una veía en el derecho dos frases: la terrena y la supraterrena, es decir abajo el derecho positivo, considerado como "el conjunto de leyes escritas", y arriba el derecho natural, núcleo de principios inmutables, surgidos en un solo instante de la mente del supremo creador. La otra derivaba sus principios de la doctrina utilitaria de Bentham, que empezaba a difundirse en el país." Pestalardo, *supra* nota 15, p. 39.

Por ende, después de 1821, para convertirse en abogado en Buenos Aires, un estudiante necesitaba pasar tres años en el departamento de derecho de la Universidad de Buenos Aires y otros tres años en la Academia de Jurisprudencia de la misma provincia. Después de un par de años entrenando en un estudio de abogados, el estudiante estaba listo para tomar un examen frente a la corte más alta de la jurisdicción donde quería ejercer.⁵⁹ Los estatutos de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires no eran diferentes a los de otros lugares de Latinoamérica:

La Academia formaba abogados para el foro de Buenos Aires. El artículo 3 de las Constituciones decía que ‘será su instituto el adelantamiento y esplendor de la jurisprudencia, tanto para instrucción de los jóvenes que aspiran a profesarla, cuanto para la mayor perfección de los profesores.’

Tres clases de socios constituían la Academia: profesores o abogados, practicantes y honorarios. Los abogados del distrito de la Cámara de Apelaciones de la Capital eran socios natos. Los practicantes o socios de números para poder entrar en la Academia debían presentar sus diplomas de doctor, licenciado o bachiller en derecho civil y rendir un examen de ingreso. La permanencia en la Academia era de tres años, debiendo, los académicos durante ellos, efectuar ejercicios teóricos y prácticos: los teóricos versaban sobre la explicación de las leyes, de sus mejores glosadores y de las cuestiones de derecho que podían proponerse; los prácticos trataban sustanciación de las causas civiles y criminales que se promovían en la Academia. El director de ésta, designaba, entre los académicos, los que debían desempeñar en las causas, los papeles de jueces, fiscales, escribano, actor, reo, etc. Vencido el término de práctica, para poder los académicos aspirar a la abogacía debían sufrir dos exámenes, uno de teoría y el otro de práctica forense.⁶⁰

⁵⁹ David Alberto Leiva, Un Registro de Ejercicios Prácticos de 1838 de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, in Aprendizaje Jurídico y Entrenamiento Profesional, p. 147 (Siglos XVIII a XX, Ediciones Dunken 1996).

⁶⁰ Pestalardo, *supra* nota 15, p. 26. Más detalladamente: “Desde 1873 se enseñó en el departamento de jurisprudencia el derecho procesal. Hasta entonces esa disciplina se estudiaba en la Academia Teórico- Práctica de Jurisprudencia, y debemos al doctor Malaver, >>

Los miembros de la Academia eran prominentes juristas que desempeñarían un rol crucial en el futuro político de la Argentina. Durante las oscuras décadas de 1820, 1830 y 1840, la Academia de Buenos Aires entrenó abogados a través de la práctica, ejercicios jurídicos y casos de estudio. Ricardo Levene, un historiador argentino, encontró un cuaderno de ejercicios de la Academia con fecha de 1838,⁶¹ un año después de que la institución fuera tomada por Juan Manuel de Rosas. El cuaderno es un registro de los casos y nombres de los profesores y ayuda a describir las dinámicas de las clases y la interacción entre estudiantes y profesores.

En estos ejercicios los juristas actuaban como jueces, fiscales e integrantes de las cortes de apelación, tanto jurisdicciones senculares, como eclesiásticas. Preparaban casos hipotéticos para que los estudiantes argumentaran. Los hechos se presentaban con antelación o algunas veces se dejaban para ser descubiertos de manera que los estudiantes tuvieran que recoger y presentar evidencia de acuerdo con el derecho procesal. Así como en Chuquisaca, los abogados en Buenos Aires fueron entrenados tanto en la teoría como en la práctica hasta bien entrado el siglo XIX y no bajo las mejores circunstancias. Su enseñanza del de-

primer profesor en la materia en la Universidad, una exposición precisa de la manera como se la enseñaba en la primera. (...) se practicaban también, por medio de expedientes o autos que se iniciaban y se seguían entre los mismos practicantes, desempeñando los unos el oficio de abogados, otros el de juez, de escribano, etc. Estos ejercicios eran dirigidos por la mesa de la academia que se componía, fuera de su director, de un presidente, censores, un celador fiscal y un secretario; empleos que, por elección anual de los practicantes, desempeñaban gratuitamente los más distinguidos abogados de nuestro foro, siendo el secretario uno de los mismos practicantes. La asistencia obligatoria de los nuevos doctores a las sesiones de la Academia duraba tres años, al fin de los cuales debía rendir, ante ella misma, dos exámenes generales de egreso: uno teórico y otro práctico. Formaba parte del examen teórico un comentario escrito sobre una de las Leyes de Toro, sacada a la suerte, con veinticuatro horas de término, y la prueba oral versaba sobre el derecho civil comercial y criminal, sin limitación alguna. Para el examen práctico de egreso se daba al practicante una causa de la seguida ante los tribunales. (...) Aprobando en todos estos exámenes el practicante debía solicitar del Superior Tribunal de Justicia se le admitiese a rendir el de abogado, que se prestaba ante diez ministros que integraban dicho tribunal. Este último examen versaba sobre todas las materias y puntos del derecho y de la jurisprudencia, ya teóricos, ya prácticos; y tanto por esto, cuanto por la respetabilidad de los examinadores y de la publicidad del examen que se rendía en la sala de audiencia, era el que más imponía, aún a los practicantes mejor preparados. Si el tribunal le prestaba su aprobación, daba al nuevo abogado posesión de sus estrados, le expedía el diploma que lo autorizaba para el libre ejercicio de la profesión, y lo mandaba inscribir en la matrícula de abogados que se llevaba en la escribanía del mismo tribunal" Leiva, *supra* nota 59, pp. 121-22.

⁶¹ Leiva, *supra* nota 59, pp 145-62.

recho apuntaba a proveerles habilidades de razonamiento, argumentación y discusión. Se les requería ponerse en diferentes situaciones simuladas, defender a distintas partes y argumentar con los más brillantes de sus futuros colegas.⁶² Muchos de los estudiantes que participaron en los juicios simulados desarrollaron posteriormente carreras ilustres. “Aquellos fiscales, defensores, jueces de primera y segunda instancia simulados, se convirtieron, posteriormente en una realidad muchos de ellos como Alberdi, Juan María Gutiérrez y Vicente Fidel López llegando a ocupar posiciones públicas de gran responsabilidad o a enseñar en sus respectivas especialidades científicas o culturales gracias a la calidad de sus trabajos”.⁶³

A pesar de su éxito en la formación y graduación de abogados competentes que desarrollaron una experticia en el derecho y su práctica, el 5 de octubre de 1872 la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires cerró sus puertas. Fue reemplazada por un curso en derecho procesal que se comenzó a dictar en la Universidad. En 1874 se autorizó a la Facultad de Derecho a otorgar un título que permitía al egresado ejercer profesionalmente sin el requisito de realizar una pasantía en un estudio de abogados. Los estudios duraban cuatro años con un quinto año dedicado a un curso de derecho procesal. Para esta última materia, los estudiantes tenían que pasar un examen de medio término y un examen final teórico práctico. Una vez que el estudiante aprobaba este examen, tenía que superar otro examen ante la Suprema Corte antes de obtener el título que le permitiría ejercer. No solo se abolió el sistema de pasantías, sino que, con la clausura de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, desaparecieron de la enseñanza del derecho, tanto el método de caso, como la formación en destrezas profesionales.

Hasta este punto, la historia demuestra el éxito pedagógico de las academias de jurisprudencia. En efecto, su metodología entrenó a gran parte de la clase gobernante, no solo para el ejerci-

⁶² “En la época de Rozas, el Departamento de Jurisprudencia se vio reducido a enseñar, por medio de dos cátedras, derecho natural y público de gentes, derecho civil y derecho canónico. Semejante estado de cosas se explica por la dictadura misma que sólo reservó para la universidad días oscuros” Ver Pestalardo, *supra* nota 15, pp. 39-41.

⁶³ Leiva, *supra* nota 59, p. 162.

cio del derecho sino para la política, la economía y, no en menor medida, para las victorias militares que llevaron a la independencia argentina. Dado que la Academia funcionó en Buenos Aires durante la mayor parte del siglo XIX, también tuvo profesores como Juan Bautista Alberdi, Benjamín Gorostiaga y Vicente Fidel López, quienes fueron figuras centrales en la creación de la Constitución argentina de 1853 y en el establecimiento de las instituciones de la nación después de las difíciles primeras cuatro décadas. Los hechos también muestran que, si bien estos egresados latinoamericanos traicionaron el proyecto político borbónico que creó las academias, estos mismos ideales políticos de la Ilustración terminaron siendo la base para la independencia de las colonias españolas.

Cuando la enseñanza del derecho (antes compartida por la Universidad, la academia y la práctica profesional) se convirtió en dominio exclusivo de la primera, las discusiones se enfocaron en el contenido de la clase, el plan de estudios y en las teorías que enseñaban los profesores. La misma mirada enciclopédica se extendió a la manera en la que se estudiaba el derecho. Las discusiones sobre la teoría del derecho fueron privilegiadas sobre visiones más generales de la enseñanza del derecho, que hubiesen permitido tener debates que fueran más allá de la pregunta sobre qué es el derecho, y que abarcaran también el cómo debía enseñarse y el para qué: el futuro rol de los egresados en la sociedad en tanto jueces y abogados.

La Real Academia Carolina de Jurisprudencia en Charcas y la formación de una élite política: de burócratas a revolucionarios

Este largo camino nos lleva de vuelta a la Real Academia Carolina de Jurisprudencia de Charcas donde, como ahora queda claro, las fuerzas desatadas por las reformas borbónicas desencadenaron una guerra en Sudamérica en los frentes político, jurídico y religioso, así como entre poderosos intereses sociales y económicos. La Academia fue fundada dentro en un contexto ominoso: la proximidad de Chuquisaca a las minas de Potosí, la estructura esclavista que sostenía el envío permanente de rique-

zas para financiar el poder español, la presencia de la Iglesia y la Compañía de Jesús como anclas ideológicas para la estratificación social, la amenaza de Portugal en la frontera y de Inglaterra en el Río de la Plata y el surgimiento de una burguesía comercial que presionaba para obtener más comercio y navegación libres basada en las ideas de la Ilustración francesa. Como hemos visto, desde su fundación en 1776⁶⁴ a partir de dos gestos típicamente borbónicos, la reforma administrativa y la toma de poder del sistema educativo,⁶⁵ la institución que fue diseñada para estabilizar y reforzar el poder monárquico generó un contexto deliberativo inesperado que terminó promoviendo la independencia.

⁶⁴ "...en 1741, el Consejo de Castilla había solicitado a los abogados que dejaron de lado las concepciones escolásticas del derecho, y se consagraran al estudio de las leyes real y efectivamente vigentes en esa época. Esta decisión, que emana de la corriente ideológica de la Ilustración, provoca la creación de lugares de formación del foro, cuyos programas pedagógicos se inspiran esencialmente de los valores de racionalidad, utilidad -se acepta entonces la relativa esterilidad del estudio exhaustivo del derecho romano en las formas del Código Justiniano- y pragmatismo, y se centran más en los procedimientos jurídicos que en los fundamentos teológicos de la legislación. En los años 1760, academias de este tipo se constituyen en Madrid, luego en La Coruña, Oviedo, Sevilla y Barcelona. El fiscal interino Ramón de Rivera permite que estas innovaciones atraviesen el Atlántico: él es el padre filosófico de la escuela de Charcas, la cual se propone erigir sobre el modelo de la de La Coruña, sitio en donde recibió su formación de abogado. En el viejo sistema de reclutamiento, era suficiente con obtener un bachillerato de derecho y dos certificados, generalmente de favor, de dos abogados reconocidos, emitidos luego de una práctica que pocas veces se hacía con seriedad. Queriendo terminar con esta práctica nepótica, Ramón de Rivera propone un proyecto de escuela jurídica, innovador y conservador al mismo tiempo, que es aceptado, después de haber sido retocado, por la Cédula Real del 3 de noviembre de 1776, Cédula que consagra la existencia de la institución." Thibaud, Clément; Grande, Marcela de. La Academia Carolina de Charcas: una "escuela de dirigentes" para la independencia en: El siglo XIX: Bolivia y América latina [en línea]. Lima: Institut français d'études andines, 1997 (generated 11 octubre 2020). Disponible en: <<http://books.openedition.org/ifea/7395>>. ISBN: 9782821865464. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.ifea.7395>.

⁶⁵ "El acontecimiento que provoca la aparición de la institución Carolina es la expulsión de los jesuitas en 1767, ya que este hecho desorganiza seriamente las finanzas, y más tarde, la enseñanza, de una de las más antiguas y prestigiosas universidades americanas: la universidad San Francisco Xavier. Excelentes profesores se ven obligados a partir, y las grandes y prósperas "fundaciones de piedad" de la Compañía se pierden en meandros jurídicos, para determinar quién debe recuperarlas." *Id.*

La Academia funcionó como las que le antecedieron, desarrollando lecciones teóricas basadas en leyes reales y compilaciones⁶⁶ y una educación práctica impartida a través de ejercicios simulados.⁶⁷ Sin embargo, se distinguía del resto por su impresionante calidad académica.

Incluso si las relaciones con la administración fueron un logro, lo importante ante todo es enfatizar el éxito pedagógico de la escuela de Charcas. La alta calidad y el carácter novedoso de su enseñanza hicieron de ella una institución prestigiosa, que contrastaba con una universidad poco innovadora desde la partida de los jesuitas. Incluso era considerada como superior a las nuevas ideas de la élite.⁶⁸

El impacto de la Academia no se limitó a la fama que sus clases se ganaron ante los jóvenes con ambiciones políticas de la región. También avanzó creando materiales de estudio para garantizar que esta forma particular de enseñanza del derecho se expandiera.

Poco tiempo después, un manual de práctica jurídica, redactado en 1782 por un profesor de la escuela, sirve de ayuda a los estudiantes. Este manual, que provee modelos de demandas, de procesos, de alegatos, constituye una tentativa de esclarecer el derecho tal como se lo practica, y no como se lo concibe, resumiendo de esta manera la filosofía de la academia, hecha de realismo y pragmatismo y opuesta, por supuesto, a las prácticas y fines de la enseñanza escolástica. Su éxito fue tal, que se difundió por toda América del Sur, y fue reeditado hasta 1832.⁶⁹

⁶⁶ “La enseñanza es de naturaleza práctica, lo que constituye un rasgo moderno, pero los estudios teóricos, que intentan paliar las deficiencias universitarias, siguen siendo los de costumbre: encontramos allí sumas del siglo XVI, manuales del siglo XVII y el eterno Código justiniano. En los dos años de curso en la academia, tres o cuatro disertaciones son pedidas a los alumnos, comentarios de las Recopilaciones de Indias o de Castilla, de las leyes de Toro. Los trabajos son leídos en latín, y luego en castellano, delante de un cónclave de académicos examinadores que los evalúa. Ver *id.* p. 6.

⁶⁷ “Los ejercicios de simulación de procesos, inspirados de los métodos jesuitas que recurrían a menudo al teatro y la representación, forman parte de una enseñanza atenta a la realidad de los procedimientos jurídicos. Por turno, el estudiante defiende, juzga, acusa o es acusado, para conocer así todos los aspectos del funcionamiento de los tribunales.” *Id.*

⁶⁸ *Id.* p. 7.

⁶⁹ *Id.*

El éxito de la Real Academia Carolina de Jurisprudencia de Charcas debió ser también una de las causas para la expansión de las academias de jurisprudencia en las colonias. En efecto, después de Charcas se fundaron las academias de Santiago en 1778, Caracas en 1790, Lima en 1808 y México en 1809.⁷⁰

No obstante, Charcas no fue una excepción. Primero, la selectividad en las admisiones era la regla (a pesar de que esto se alivió con el tiempo) exigiendo que los aspirantes a estudiantes tuvieran “los certificados de bautismo de sus padres y abuelos para verificar la pureza de su sangre” y los tres “clásicos certificados de *status jurídico*: curas, concejales, alcaldes y militares oficiales para certificar el honor de la familia”.⁷¹ En segundo lugar, la Academia mantenía una relación cercana con los círculos de poder en Charcas. Al comienzo, dicha relación estuvo asegurada a través de la Audiencia, que designaba un profesor supervisor en la Academia y al presidente de la institución. Debido a esta relación, a la eficiencia con la cual los estudiantes eran seleccionados y al éxito en su educación, el control externo de la Audiencia nunca se materializó.⁷²

De esta forma la Academia cumplió con creces su mandato de educar para los propósitos de la administración real, al menos dentro de sus aulas. Sin embargo, el aspecto más excepcional de esta institución no fue su contenido teórico ni su entrenamiento en destrezas profesionales, sino su impacto en el futuro de Sudamérica y particularmente en el de la Argentina. La Academia fue el lugar en el que fue educada una generación de estudiantes que, treinta años después, lideraría los movimientos revolucionarios que finalmente llevaron a la independencia de las colonias españolas.⁷³

⁷⁰ *Id.* p. 93.

⁷¹ *Id.* p. 92.

⁷² *Id.* p. 92.

⁷³ “De 1776 a 1809, fecha que coincide con los comienzos de la agitación revolucionaria, terminus ad quem de este análisis, al menos 362 abogados son formados en Charcas. El estudio de los expedientes subsistentes en los archivos permite ver, a partir de los datos sociológicos que estos procuran, la constitución, la producción de una élite ilustrada de intelectuales, cuya acción en la época de las luchas por la independencia se reveló esencial.” *Id.* p. 88.

Es por ello que la Real Academia Carolina de Charcas fue una “escuela de dirigentes para la independencia (...) : la originalidad de este fenómeno y el interés de la Academia Carolina, residen en el hecho de que estos abogados ejercieron sus funciones en los nuevos estados independientes, de los que constituyeron en gran parte, las altas esferas de la administración y la justicia, así como también la élite política. (...) muchos de estos abogados participaron en los movimientos revolucionarios de emancipación. Algunos nombres y cifras ilustran este compromiso: Bernardo Monteagudo, Mariano Moreno, J. J. Castelli, Jaime Zudáñez, posible autor del manifiesto redactado en Chile en 1810, *Catecismo político cristiano*, y asesor de O’Higgins, así como también el 35% de los miembros de la junta insurreccional de La Paz en 1809, tres miembros de la junta de Buenos Aires en 18103 y 15 de los 31 diputados que, en 1816, proclamaron la independencia argentina.”⁷⁴

Por ende, la institución creada para mejorar la administración de una monarquía ilustrada terminó educando a la clase dominante que desplazaría a esa monarquía a través de una rápida sucesión de revoluciones. Esta paradoja presenta algunos otros elementos interesantes. Por ejemplo, permitió el florecimiento de los criollos, que tradicionalmente habían sido desplazados de posiciones de poder por los españoles. Su educación les otorgó las destrezas necesarias para el liderazgo. Las reformas borbónicas que buscaron consolidar la unidad política bajo la Corona terminaron concentrando los intereses de la parte sur del continente.⁷⁵ La subordinación de los habitantes del alto Perú y la oposición de los mercaderes al monopolio político y económico español fueron causas que los egresados de Charcas representaron.⁷⁶ Las filosofías políticas sobre la legitimidad del poder real

⁷⁴ *Id.* p. 88-89.

⁷⁵ “En rigor, el reformismo liberal de los Borbones contribuyó más que ningún otro factor a formar una conciencia emancipadora y revolucionaria entre los criollos. La creación del virreinato, resuelta en 1776 con motivo de la expedición de don Pedro de Cevallos contra los portugueses, dio unidad política a una extensa región hasta entonces no aglutinada. En efecto, a las gobernaciones de Buenos Aires y el Paraguay se agregó toda la extensión que caía bajo la jurisdicción de audiencia de Charcas.” Romero, supra nota 30, p. 53.

⁷⁶ “La relación entre los problemas económicos y las aspiraciones sociales y políticas se estableció prontamente y de acuerdo a una polarizada afinidad; para los beneficiarios del antiguo régimen del monopolio, el intento de modificar tal situación económica significaba -o simulaban creer que significaba- el trastocamiento del orden tradicional en cuanto >>

que circulaban en la Academia y en los círculos sociales de los que sus miembros eran parte⁷⁷ llevaron a los graduados a cuestionar el *statu quo* ideológico reinante. Y, finalmente, el clima social de discusión entre iguales que generó una deliberación pública relativamente desinhibida⁷⁸ promovió el gobierno democrático.

Independientemente del impacto que los egresados de Charcas hayan tenido sobre el destino del continente, es interesante observar que el entrenamiento académico y profesional de los abogados fue entendido dentro del contexto de un proyecto político que supuso una determinada forma de entender el derecho y la legitimidad de la autoridad política (en este caso, la doctrina monárquica de la Ilustración francesa). Enseñar derecho fue la manera de implementar el proyecto nacional borbónico. El asunto no era, en principio, pedagógico o siquiera conceptual: era primero y, ante todo, una cuestión política que encarnaba un concepto jurídico particular, que requería una forma específica de entrenamiento para aquellas personas que lo iban a poner en práctica.

El reinado de Carlos IV que empezó en 1788 temía que la Revolución francesa, que estalló en 1789, se expandiera a España. La reacción defensiva y conservadora de la monarquía de cara a esta amenaza llegó muy tarde: una generación de revolucionarios sudamericanos ya estaba lista y el impulso de su movimiento intelectual ya no podría ser revertido. Al inicio del siglo XIX, Castelli, Moreno y otros regresaron a Buenos Aires educados como aca-

tenía de contenido político, moral y social; querían la sumisión incondicional de todos a una ordenación que sólo los beneficiaba a ello y consideraban que esa sumisión -que entrañaba un estancamiento total- era la única actitud que correspondía a los colonos; por su parte, quienes aspiraban a lograr un régimen de libertad económica dentro del cual pudieran mejorar su situación, descubrían, a poco que reflexionaran, que ese género de libertad no le sería otorgado a la Colonia sino en la medida en que conviniera a la metrópoli: de aquí a comenzar a entrever las posibilidades y las ventajas de la independencia política había sólo un paso, que las circunstancias acortaron cada día a partir del momento de la Revolución francesa" *Id.* p. 49-50.

⁷⁷ "Hubo, así, en la burguesía urbana de Buenos Aires y de Charcas, constituida sobre todo por criollos que habían seguido estudios o se habían cultivado como autodidactos, un ideal expreso e inmediato, representado por el mejoramiento social y económico y el progreso material; pero hubo también un ideal implícito y remoto, que era el logro de un régimen político liberal, para el cual era requisito previo la emancipación. Así trabajó en el ánimo de esa burguesía esta idea que se elaboraba lentamente." *Id.* p. 57.

⁷⁸ Ver Thibaud, *supra* nota 64, p. 107-10.

démicos y abogados y tomaron sus exámenes ante los tribunales de Buenos Aires. Les aguardaba una vida turbulenta: la práctica profesional, las largas y febriles horas de la conspiración, los días luminosos de la Revolución, los meses sangrientos de las primeras batallas por la independencia, las exasperantes discusiones con los conservadores y la muerte prematura. Queda claro ahora que la eficacia de las destrezas argumentativas de los abogados de la Revolución y de sus habilidades como políticos no fueron resultado de su suerte excepcional en un momento fundamental de la historia argentina, sino la imprevista consecuencia de decisiones políticas explícitas realizadas mucho tiempo antes, pero con objetivos muy diferentes.

Reflexiones finales

Las academias fueron creadas para enseñar el derecho que las universidades, controladas por la Iglesia, no enseñaban. Su tarea, en todo caso, era multifacética: como parte del proyecto más amplio de la monarquía ilustrada de la dinastía borbónica, apuntaba a ayudarles a liberarse del poder de Roma, a regular y administrar su territorio de manera menos centralizada y más eficiente y a crear instituciones que les permitieran acometer esa tarea.

En el siglo XVIII, la América española era un territorio grande y diverso. No podía seguir siendo administrado por técnicas de comando y control. La Ilustración francesa brindó a los Borbones instituciones (incluidas las academias) y métodos que les ayudarían a administrar de mejor forma sus dominios. Las academias se encargaron de impartir a sus estudiantes el conocimiento del derecho nacional y la capacidad de implementar decisiones en un ambiente diverso, lo que benefició sus destrezas jurídicas básicas. La habilidad para defender un interés determinado dentro de un marco jurídico comprende la imaginación para crear argumentos y contraargumentos y evaluar su pertinencia tal y como un juez lo haría.⁷⁹ Por ende, para los Borbones, un buen abogado (o un buen burócrata) era también un pensador creativo. Esta

⁷⁹ Ver más acerca del uso de la imaginación moral en el derecho en Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, pp. 109-65 (Harvard Univ. Press 1995).

forma de enseñanza del derecho apuntaba a facilitar el control español sobre una América más desarrollada.

La ironía es que la Ilustración francesa, es decir, la fuente de estas ideas, también promovió que las fuerzas liberadas por las academias se expandieran abruptamente como una fuerza revolucionaria, traicionando el propósito perseguido por la Corona española. Los “hombres de Estado” creados por las academias se convirtieron en los líderes del movimiento independentista en Sudamérica.

Esta forma de enseñanza del derecho reconocía la importancia de acomodar la interpretación de las normas a las necesidades territoriales y a sus costumbres; por ello, sería necesariamente rechazada por el proceso de construcción del Estado Argentino, un proyecto que favorecía la autoridad central y el formalismo.

“La crítica sabia y profunda”, es decir, el desarrollo de la difícil práctica argumentativa necesaria para los abogados y para la cual fueron diseñadas las academias de jurisprudencia, ha estado ausente desde esa fecha hasta el presente. Desde 1872 hacia adelante, la práctica deliberativa de ponerse uno mismo en los zapatos de otro, de interpretar normas y costumbres desarrolladas a lo largo de los siglos de manera armónica, ha sido dejada en manos del egresado de la universidad, quien tiene que desarrollarlas por sí solo y en casos reales de clientes de carne y hueso a través de la práctica jurídica cotidiana. Sin embargo, si bien la enseñanza del derecho cambió de manera fundamental desde el dinamismo revolucionario fomentado por la academia, creó a su vez una clase estable de abogados que canalizaron eventualmente el frenesí y el caos creados por la independencia argentina hacia una cultura política estable que permitió que el país naciente superara exitosamente la turbulencia de sus primeros tiempos y se convirtiera en una nación cohesionada. Pero esa es otra historia.

2. Crisis, Retórica de Crisis y Competencia en la Educación Jurídica:

Una Perspectiva Sociológica en la (más reciente)
Crisis de la Profesión y Educación Jurídica

Bryant G. Garth**

* Traducción del inglés al español realizada por Karla Marcela Veliz del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.

** Profesor Emerito de la Facultad de Derecho de University of California Irvine. Codirector del Centro para la Investigación Empírica de la Profesión Jurídica. Abogado por la Facultad de derecho de la Universidad de Stanford y PhD European University Institute.

Introducción

La centralidad y fortaleza del derecho en los Estados Unidos es el punto de partida para entender la proliferación de la retórica de crisis. La sociología del derecho nos enseña que: (1) si los abogados ocupan posiciones centrales en el Estado y la economía, habrá competidores que tratarán de disputarles esa posición; (2) los abogados (y los profesores de derecho como subgrupo) construyen sus carreras y reputaciones, al menos en parte, haciendo alianzas con grupos disidentes y competidores potenciales, buscando hablar de parte de ellos; y (3) los abogados tienden a mantener y no amenazar las jerarquías profesionales.

Para plantearlo de otro modo, los abogados buscan estar en ambas orillas en todas las disputas sociales y la habilidad de aparecer en ambas orillas es una medida de la fortaleza de la profesión. Además, las jerarquías profesionales moldean los argumentos que los abogados hacen. Los abogados rara vez buscan derribar las estructuras que los sostienen.

El abogado o profesor de derecho que hoy critica el título de abogado y la estructura actual de la educación jurídica, típicamente apunta a las escuelas de derecho menos prestigiosas y a los egresados menos prestigiosos. La definición como “menos prestigiosas”, dependiendo de la posición del autor, puede incluir únicamente a escuelas de derecho que están en los puestos más bajos del *ranking* de la “U.S. News”, o, pueden ser simplemente escuelas de derecho que el autor considera suficientemente por debajo de aquella en la que el autor trabaja para ser criticadas de manera segura.

Esta posición crítica atrae publicidad y reconocimiento profesional aún más porque viene de un abogado, es decir, una persona con algo de estatus.¹ Una época de depresión o quasi-

¹En *From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War With the Profession and Its Values* [De la litigación civil a la justicia privada: la práctica jurídica en guerra con la profesión y sus valores], 59 *Brooklyn Law Review* [Revista de Derecho de Brooklyn] 931-60 (1993), escribió sobre la defensa de los abogados en ambos lados de los temas de debate público sobre la profesión.

depresión económica hace que el argumento gane atención y credibilidad, especialmente, de aquellas personas que resienten la posición central de los abogados en la vida estadounidense. El tema central de este artículo es que no deberíamos olvidarnos de que es justamente la posición fuerte y central del derecho, y los abogados la que produce y reproduce este proceso, sin que se desplace al derecho de su posición. Es difícil ver a los abogados perder cuando el argumento sobre los abogados es en gran parte controlado por ellos mismos.

Este artículo empezará examinando la retórica producida en los tiempos de la “Gran Depresión”, el ejemplo más cercano a la situación actual. Los argumentos fatalistas parecerán similares a los de hoy: demasiados abogados, un mercado jurídico estancado y un sentimiento de que el problema de la profesión viene especialmente de los egresados de facultades de derecho que tradicionalmente han dado acceso a la justicia a inmigrantes, minorías y otros grupos relativamente desaventajados. Después de resaltar estos argumentos, los cuales muchas veces provienen de decanos de escuelas de derecho muy prestigiosas, citaré la literatura que realistas jurídicos como Lloyd Garrison y Karl Llewellyn eventualmente produjeron para contradecir esta retórica de la crisis. Pocas personas recuerdan el fervor de los debates de ese entonces.

La siguiente parte examinará la retórica de la crisis en la actualidad. Vemos la misma retórica sobre una demanda de servicios jurídicos cada vez menor, causada en parte por nuevos competidores en el mercado de servicios jurídicos. De nuevo, la recesión económica trae la retórica de demasiados abogados y no suficiente demanda de sus servicios. Por supuesto que la situación de hoy no es la misma que en la década de 1930. Las escuelas de derecho que ofrecían acceso a las minorías e inmigrantes eran poco costosas en la era de la Depresión.

Actualmente, casi todas las facultades de derecho se volvieron costosas, incluyendo aquellas que tienden a atender a personas de estratos socioeconómicos bajos. Asimismo, ya no es legítimo argumentar que los inmigrantes, o cualquier otro grupo socialmente marginado, no están a la altura de los estándares profesionales necesarios para convertirse en abogados. No obstante,

sostendré que la situación actual tiene más cosas en común de las que creemos con la era de la Depresión. No solo gran parte de la retórica es la misma, sino que también, como en la década de 1930, los críticos de hoy promueven una posición que solidificaría las jerarquías profesionales y reduciría el acceso a los beneficios de una educación jurídica y un título de abogado.

Las personas que construyen y hacen eco de los lamentos actualmente, se han vuelto famosos en la profesión jurídica haciendo argumentos muy similares a los que se hacían en la era de la Depresión. Han ganado atención considerable en la cultura popular, deleitando también a aquellas personas que resienten la posición de los abogados en los Estados Unidos. Hoy, se les cita en temas ajenos a la educación jurídica, han sido muy exitosos desde un punto de vista emprendedor, también lograron articular y hacer visible un argumento que no estaba bien representado en la literatura.

Desafortunadamente, las recetas de reforma que estas personas sugieren tienen mucho en común con aquellas hechas en la década de 1930. Los altos costos de la educación jurídica se muestran como una razón para que los estudiantes con menos recursos económicos y sociales renuncien a cualquier beneficio potencial que pudiesen adquirir a través de un título de abogado. Se les dice que cualquier intuición sobre las ventajas de un título de abogado en los Estados Unidos son producto de la desinformación y un sesgo demasiado optimista.

Hasta el momento este debate ha estado sobrerepresentado por solo una de las partes en disputa. Los nuevos realistas jurídicos de hoy² y los académicos del derecho dedicados a los estudios empíricos no han asumido la tarea de exponer los problemas de la retórica de la crisis contemporánea. No obstante, puede ser muy temprano para que cualquier contraataque gane credibilidad en este debate. Tal vez, como ocurrió en la década de 1930, el contraataque tendrá que esperar un poco para tener algo de éxito.

²Veáse, p. ej., Howard Erlanger, Bryant Garth, Jane Larson, Elizabeth Mertz, Victoria Soursey, y David Wilkins, *Is It Time for a New Legal Realism?* [¿Es tiempo de un nuevo realismo jurídico?], 2005 Wisconsin Law Review [Revista de Derecho de Wisconsin] 335 (2005).

Una conclusión sencilla podría ser que simplemente esperemos a que se supere la crisis y dejemos que las cosas pasen como deben pasar. Argumentaré que la fortaleza de la profesión jurídica queda de nuevo demostrada por la manera en la cual, los abogados dominan ambos lados del debate respecto al valor de la educación jurídica. Esta misma flexibilidad y habilidad emprendedora para percibir una oportunidad es lo que explica la capacidad de que una profesión cada vez más grande pueda inventar nuevas demandas de servicios y productos en donde requieran de los abogados y sus servicios. Tal vez no sea el momento de desestimar los beneficios que una educación jurídica y un título de abogado pueden otorgar.

En lugar de detenerme en la observación anterior, haré un esfuerzo preliminar para sumar lo que considero es algo más de realismo al debate. Tal vez sea muy temprano, pero quiero ofrecer algunas ideas. Espero que muchos otros entren en el debate una vez que la economía se recupere y la retórica de la crisis pierda su urgencia, y existan más datos e investigación en los próximos años producidos en parte por aquellos que han promovido el sentimiento de crisis.³

Sugeriré algunas formas de poner la crisis de hoy en contexto. Existen algunas diferencias que hacen la situación actual potencialmente peligrosa, estas diferencias las han resaltado de forma muy clara los críticos. Las diferencias entre hoy y la era de la Depresión no están (en todo caso) en el valor de la educación jurídica y el valor de un título de abogado. Los mejores datos disponibles, de dos de los reportes publicados del proyecto *After the JD* adelantado por la *American Bar Foundation*, nos dicen que los egresados de las facultades de derecho realmente valoran sus títulos y no se arrepienten de haber cursado la carrera a pesar de la deuda económica que asumieron.⁴

³ El proyecto *After the J.D. Project* [Después del J.D.], discutido más adelante, también tendrá una nueva ola de datos que muestren lo que ocurrió con la cohorte de abogados en la recesión. *AJD Data Access*, *American Bar Foundation*, <http://www.americanbar-foundation.org/publications/AftertheJD/AJD.DataAccess.html> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2012).

⁴ Ronit Dinovitzer, et al., Fundación de la NALP para la Investigación y Educación en la Carrera Profesional del Derecho y *American Bar Foundation*, *After the JD: First Results of a National Study of Legal Careers* [Después del JD: Primeros resultados de un estudio

Pero para poder entender esa deuda, tenemos que entender de manera más realista los procesos competitivos que producen los altos costos de matrícula y la consecuente deuda asumida por los estudiantes. La principal diferencia con la era de la Depresión es que la educación jurídica de hoy está caracterizada por una competencia intensa entre las escuelas de derecho (y los profesores de derecho). También hay mucha más competencia entre el sector corporativo de la profesión jurídica. La competencia no es el resultado del *ranking* de U.S News, es el resultado de las condiciones del mercado.

Como la economista Caroline Hoxby demostró para los estudios de pregrado, los aumentos en costos de matrícula no son un ejemplo de una falla del mercado, sino un reflejo del incremento de la competencia entre escuelas, el cual incluye competencia por los rankings.⁵ Sin duda, un mercado más competitivo tendrá ganadores y perdedores, pero estos no se alinearán necesariamente con las jerarquías profesionales tradicionales. Los hallazgos de Hoxby sobre los mercados educativos competitivos ayudan a tener una visión más exacta y desapasionada sobre dónde estamos y cómo llegamos allí.

La retórica de la crisis en la profesión jurídica durante la gran depresión

Un tema de la retórica de la Depresión de la década de 1930 era la pérdida permanente de negocios jurídicos a manos de grupos externos a la profesión jurídica. Este tema fue repetido en numerosos artículos y discursos. Según James Gifford en *The Nation*:

nacional de las carreras profesionales del derecho] 47, 71 (2004) [en adelante *After the JD*]; Ronit Dinovitzer, et al., *American Bar Foundation* y Fundación de la NALP para la Investigación y Educación en la Carrera Profesional del Derecho, *After the JD II: Second Results from a National Study of Legal Careers* [Después del JD II: Segundos resultados de un estudio nacional de las carreras profesionales del derecho] 46, 80-81 (2009) [en adelante *After the JD II*].

⁵Caroline M. Hoxby, *How the Changing Market Structure of U.S. Higher Education Explains College Tuition* [Cómo la cambiante estructura del mercado de la educación superior estadounidense explica la matrícula universitaria] 1 (Documento de trabajo No. 6323 de la Oficina Nacional de Investigación Económica, 1997).

Las compañías de títulos inmobiliarios se empezaron a encargar ellas mismas de la búsqueda de títulos. Las compensaciones a los trabajadores empezaron a prescindir del litigio sobre los accidentes industriales. Los juicios sumarios, la libertad provisional y las juntas penales han removido mucha de la importancia a la defensa de los criminales. La práctica en asuntos tributarios y ante la Comisión Interestatal de Comercio han caído en manos de especialistas. Los bancos y las fiduciarias han amenazado con llegar a los campos sagrados de la redacción y elaboración de testamentos.⁶

Según un artículo titulado *Too many lawyers?* (¿Demasiados abogados?), “Esta competencia por fuera de la profesión jurídica no puede ser subestimada”.⁷ Robert Jackson, un líder de la barra y futuro juez de la Suprema Corte, consideraba que la caída de los mercados presagiaba “una caída en el prestigio de las cortes y una correspondiente caída del prestigio de la profesión jurídica”.⁸ Sugerían que el mercado jurídico era, en la mejor de las versiones, estático o incluso se estaba achicando. La versión del outsourcing de ese entonces –la competencia de compañías de títulos, bancos, fiduciarias y muchos otros– amenazaba permanentemente los ingresos de la profesión jurídica y no había suficientes negocios nuevos en el horizonte para compensar esa pérdida.

Los artículos tendían a señalar que el problema del alto número de abogados estaba específicamente relacionado con un tipo particular de abogado. La reiterada preocupación de aquellos en la parte superior de la profesión –los WASP⁹ de las firmas corporativas– era que se estaba admitiendo al tipo equivocado de personas a la profesión jurídica. Como bien documenta Jerold

⁶ James P. Gifford, *Lawyers and the Depression* [Abogados y la Depresión], 137 Nation 236, 237 (1933).

⁷ Rex Stewart, *Too Many Lawyers?* [¿Demasiados abogados?], Prairie Schooner 85, 86 (1934). Véase también, p. ej., Isidor Lazarus, *The Economic Crisis in the Legal Profession* [La crisis económica en la profesión jurídica], 1 Boletín trimestral del *National Lawyers Guild* [Gremio Nacional de Abogados] 17 (1937).

⁸ Robert H. Jackson, *An Organized American Bar* [Un colegio de abogados de EE.UU. organizado], 18 *American Bar Association Journal* [Revista de la Asociación de Abogados de EE.UU.] 383, 383 (1932).

⁹ WASP es el acrónimo en inglés de *White Anglo Saxon Protestant* (“Blanco anglosajón y protestante”).

Auerbach en *Unequal Justice* (Justicia desigual)¹⁰, este ataque a las escuelas de la YMCA (Asociación Cristiana de Jóvenes), escuelas de derecho nocturnas, escuelas con fines de lucro y sus egresados, aparecía una y otra vez en la década de 1930. El decano de la Universidad de Columbia enfatizaba en 1932 que la sobre población de abogados no aplicaba a los abogados éticos y de alta calidad:

El tipo y calidad de trabajo que una escuela de derecho puede realizar está condicionado a las capacidades de sus estudiantes, así como a las habilidades de su claustro. No es probable que una mejora sustancial a la educación jurídica se logre si un porcentaje alto de las personas admitidas a las facultades de derecho es incapaz de satisfacer los estándares establecidos.¹¹

Los estándares bajos para la admisión, continuaba señalando, iban acompañados de bajos estándares éticos:

La insistencia por parte de las barras de abogados en que las escuelas de derecho pongan más énfasis en el estudio de la ética y responsabilidad profesional es, tal vez, justificado. Pero la enseñanza de la ética profesional a cursos compuestos por un alto porcentaje de personas que obviamente no son predecesores en conocimiento o en carácter de pertenecer a la profesión, tendrá poco impacto sobre las condiciones de la profesión que están actualmente fomentando la indignación del público y de los mejores elementos de la profesión.¹²

El *Saturday Evening Post* tomó este tema basándose en el decano de Harvard, Roscoe Pound, para mostrar el problema de sobreponer la parte baja de la profesión:

¹⁰ Jerold Auerback, *Unequal Justice* [Justicia desigual] (1977). Un estudio más reciente que revisa muchos de estos temas en un contexto profesional más amplio es Michael Ariens, *American Legal Ethics in an Age of Anxiety* [La ética jurídica estadounidense en la era de la ansiedad], 40 *St. Mary's Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad de St. Mary] 343 (2008).

¹¹ Young B. Smith, *Law Schools and Lawyers* [Escuelas de derecho y abogados], 18 *American Bar Association Journal* [Revista de la Asociación de Abogados de EE.UU.] 480, 482 (1932).

¹² *Id.*

De hecho, el Decano Pound, de la Escuela de Derecho de Harvard, declara que una de las más serias pérdidas económicas del país viene de abogados mal formados y que carecen de espíritu profesional, los cuáles habitan los escalones bajos de la profesión y consumen el tiempo y energía de las cortes.

Es el público, añade el Decano Pound, quien debería estar pidiendo mejores cosas en el entrenamiento y admisión a la profesión, especialmente en las ciudades más grandes.¹³

Para resumir los temas principales, los líderes de la profesión estaban preocupados porque los abogados habían perdido, hasta cierto punto, su monopolio en la prestación de servicios jurídicos. La literatura sugería que las cortes administrativas disminuirían las tasas de litigio, los agentes de bienes raíces y compañías de títulos se meterían en los asuntos jurídicos de los bienes raíces, y la compensación a los trabajadores accidentados disminuiría el trabajo de los abogados dedicados al derecho de daños.

En pocas palabras, la retórica de la crisis en la era de la Depresión, describe un futuro donde la demanda por los abogados sería estática o incluso cada vez menor. Sin dudarlo, los líderes de la profesión desarrollaron una contraofensiva a la práctica no autorizada del derecho, pero tenían poca confianza en lograr algo. Para hacer el escenario aún más catastrófico, líderes como Robert Jackson temían que tal vez el derecho fuera una profesión en declive en términos tanto de prestigio como de remuneración.

Los pesimistas, incluyendo a varios decanos de las facultades de derecho más prestigiosas, fueron, en todo caso, suficientemente cuidadosos de sugerir que la sobre población de abogados estaba en la parte baja de la profesión. La ética cuestionable y la falta de habilidades de aquellas personas en la parte baja de la profesión era un argumento a favor de la reforma y contracción de las escuelas de derecho que servían a inmigrantes y minorías, en específico, las facultades de derecho urbanas y con ánimo de lucro. De hecho, la Gran Depresión de la década de 1930, efectivamente se constituyó en una oportunidad para que esos decanos enfatizaran la distinción entre las escuelas líderes o de élite y

¹³ Editorial, *Overcrowded Occupations* [Ocupaciones sobre pobladas], Saturday Evening Post, 15 de julio de 1933, pág. 22.

aquellas que, de acuerdo al Decano Pound, ofrecían acceso a los ‘escalones bajos’ de la profesión.

Hubo reacciones a esas críticas, aunque en todo caso, surgieron tarde en la década de 1930, ya cuando la Depresión estaba empezando a desaparecer. En 1939, Francis M. Shea, decano de la recientemente acreditada Facultad de Derecho de la Universidad de Búfalo, partidario de las políticas económicas del *New Deal* y posteriormente cofundador del despacho Shea & Gardner, señaló:

Incluso si hubiese algo de malo en la producción en masa de abogados menos preparados que aquellos que egresan de las grandes facultades de derecho del país, algo que estoy dispuesto a admitir, no estoy convencido de que esto no tenga justificación alguna. Esto significa que los futuros líderes pueden surgir de las tropas, de grupos minoritarios y recibir formación en derecho, la cual parece ser una de las formas típicas para abrir camino al liderazgo político. El proceso de desarrollo de liderazgo en las democracias es un proceso en el que, necesariamente, pasan estas cosas. Me baso de nuevo en la premisa según la cual la democracia implica la ausencia de una clase dirigente que se autoperpetúa.¹⁴

Los líderes del realismo jurídico, incluyendo notablemente a Lloyd K. Garrison y Karl Llewellyn, fueron sumamente escépticos de la retórica de la crisis. Llewellyn, en su famoso artículo *The Bar's Troubles, and Poultices and Cures?* (Los problemas de la barra, sus cataplasmas ¿y sus curas?) publicado en 1938, observaba la conexión entre la retórica de la crisis y el esfuerzo para detener la llamada “práctica no autorizada del derecho”.¹⁵ Llewellyn era sumamente escéptico de cualquier esfuerzo para tratar de aumentar los mercados de servicios jurídicos castigando a aquellos que supuestamente se estaban llevando los negocios jurídicos de las manos de los abogados.

¹⁴ Francis M. Shea, *Overcrowded? – The Price of Certain Remedies* [¿Sobrepoblación? – El precio de ciertos remedios], 39 *Columbia Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Columbia] 191, 208 (1939).

¹⁵ Karl N. Llewellyn, *The Bar's Troubles, and Poultices – And Cures?* [Los problemas de la barra, sus cataplasmas – ¿y sus curas?] 5 *Law & Contemporary Problems* [Derecho y problemas contemporáneos] 104, 105 (1938).

Garrison estudió sistemáticamente el tema de la vasta cantidad de abogados y la nula demanda de servicios jurídicos, enmarcando su investigación de la siguiente forma:

El gran aumento en las matrículas de derecho entre 1920 y 1928 ocasionó la primera serie de aseveraciones de que la profesión estaba sobre poblada. Las primeras aseveraciones se hicieron después de la publicación del censo de 1930, el cual mostró que durante la década terminada en 1930 la profesión había aumentado a un ritmo más acelerado que el de la población general. A medida que la Depresión hacía sentir sus efectos sobre los abogados, quienes por primera vez empezaban a tomarse en serio su posición, la convicción de que la profesión estaba sobre poblada ganó tracción en la opinión pública.¹⁶

Garrison no solo emprendió un estudio sistemático en Wisconsin, en el que concluyó que de hecho había demanda para más abogados en lugar de sobreoferta de abogados, también ofreció unas reflexiones generales:

Como mínimo, estas figuras indican un ajuste aproximado, pero en todo caso muy real, al número de abogados en unas localidades particulares para que atiendan las necesidades jurídicas de esas localidades, y debe arrojar al menos algunas dudas sobre la conveniencia y aplicación de propuestas para restringir artificialmente el tamaño de la profesión.

No solo la sociedad proporciona, tal vez de manera cruda, sus propios controles, sino que no tenemos criterios sobre los cuales basar cualquier suposición sobre cuál debe ser el número apropiado de abogados para un momento y lugar determinado.¹⁷

¹⁶ Lloyd K. Garrison, *A Survey of the Wisconsin Bar* [Un estudio del colegio de abogados de Wisconsin] 10 *Wisconsin Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Wisconsin] 131, 134 (1935).

¹⁷ *Id.* en 137.

La retórica de crisis contemporánea: un patrón recurrente

Vemos un número importante de estos mismos temas en la retórica de la crisis actual. Primero, el mercado se percibe más o menos estancado, y ciertamente incapaz de expandirse para responder a la oferta de abogados. Según William Henderson y Rachel Zahorsky:

Independientemente de que sean abogados de grandes firmas, de firmas *boutique* o abogados independientes, los abogados estadounidenses pueden esperar tasas de crecimiento del mercado lentes que solo intensificarán las presiones de competencia y sacudirán a los competidores más débiles y arrojarán márgenes de ganancia más estrechos en toda la industria jurídica. Los estudiantes de derecho encontrarán cada vez menos oportunidades de salarios generosos, pero más trabajos en servicios jurídicos por fuera de las grandes firmas. Los caminos de ascenso profesional para los abogados se desvanecerán a medida que las firmas se ajustan para mantener las ganancias de sus socios en aumento.¹⁸

Paul Campos señala de manera directa:

La contracción actual en el mercado de empleos para los nuevos abogados se ha combinado con el incremento continuo en los costos de las matrículas de las escuelas de derecho para producir lo que muchos reconocen actualmente como una crisis genuina en las escuelas de derecho y la profesión jurídica.¹⁹

Muchas otras personas en revistas de derecho, blogs, medios de comunicación tradicionales y notablemente, el bloguero Matt Leichter de Law School Tuition Bubble (La burbuja de la matrícula de

¹⁸ William D. Henderson y Rachel M. Zahorsky, *Law Job Stagnation May Have Started Before the Recession – And It May Be a Sign of Lasting Change* [El estancamiento del empleo en el sector de la abogacía podría haber comenzado antes de la recesión – y podría ser un signo de cambio duradero], *American Bar Association Journal* [Revista de la Asociación de Abogados de EE.UU.] (1 de julio de 2011, 3:40 AM CST), http://www.abajournal.com/magazine/article/paradigm_shift.

¹⁹ Paul Campos, *The Crisis of the American Law School* [La crisis de la escuela de derecho de EE.UU.], 46 *University of Michigan Journal of Law Reform* [Revista de Reforma Jurídica de la Universidad de Michigan] 177, 179 (2012).

las escuelas de derecho), hace el mismo argumento sobre el mercado jurídico.²⁰ Igual que los proveedores de la crisis en la era de la Depresión, argumentan una tendencia al crecimiento lento o contracción en la demanda de servicios jurídicos (o en la creación de nuevos productos legales por parte de emprendedores legales).

La fuente de la contracción, como en la década de 1930, se atribuye a competidores que toman los negocios jurídicos de un mercado más o menos estático. Según Campos, en una entrevista para el blog Daily Beast de Newseeek, el problema para los abogados

(...) está siendo causado por la tecnología y el outsourcing. Las máquinas pueden hacer ahora muchas cosas que los abogados hacían antes, como el e-discovery. Además, las empresas se han percatado que mucho del trabajo que solía ser realizado por abogados puede ser realizado de manera adecuada por fuentes de trabajo mucho más baratas (asistentes jurídicos, oficiales de cumplimiento legal e incluso personas en la India).²¹

²⁰ Matt Leichter, *Law Graduate Overproduction* [Sobreproducción de egresados en derecho], *Law School Tuition Bubble* [La burbuja de la matrícula de las escuelas de derecho], <https://lawschooltuitionbubble.wordpress.com/original-research-updated/law-graduate-overproduction/> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2012). Según una noticia, "cada primavera se gradúan unos 45,000 estudiantes de la escuela de derecho. La mayoría de ellos ha contraído una deuda significante. Y a pesar de la vieja frase de que pueden "hacer cualquier cosa" con un título de abogado, no tienen las habilidades técnicas o cuantitativas específicas para entrar en campos de crecimiento más rápidos. Aunque la tasa general de desempleo de los abogados es de un microscópico 2.1%, este número no considera los problemas a los que se enfrentan los recién egresados para encontrar un empleo que les permita pagar su deuda pronto. El sector está entrando en un período en el que habrá un gran exceso de talento. A menos que un montón de abogados viejos empiecen a jubilarse cuanto antes, esa situación probablemente no cambiará". Jordan Weissman, *What Do Lawyers and Bankers Have in Common? They Lost Jobs in 2011* [¿Qué tienen en común abogados y banqueros? Ambos perdieron empleos en 2011] *The Atlantic Monthly*, (10 de enero de 2012, 1:30 PM EST). <https://www.theatlantic.com/business/archive/2012/01/what-do-lawyers-and-bankers-have-in-common-they-lost-jobs-in-2011/251130/#>. Una discusión menos apasionada de los temas previo a la recesión se puede encontrar en Daniel J. Morrissey, *Saving Legal Education* [Salvando la educación jurídica], 56 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 254 (2006).

²¹ Megan McArdle, *The Perils of Law School: A Chat with Paul Campos, Author of Don't Go to Law School!* [Los peligros de la escuela de derecho: Una charla con Paul Campos, autor de ¡No vayas a la escuela de derecho!], *The Daily Beast* (24 de septiembre de 2012), <https://www.thedailybeast.com/the-perils-of-law-school.html>.

Las nuevas tecnologías hacen que a los abogados se les ahorre la tediosa tarea de revisar una infinidad de correos electrónicos como parte del descubrimiento probatorio previo a un juicio, pero ese mismo progreso es el que reduce la necesidad de contar con abogados. Mucha investigación, e incluso redacción, puede ser tercerizada hacia abogados experimentados en lugares como India y Filipinas.

Henderson y Zahorsky señalan el mismo punto:

La tecnología está reemplazando muchas de las tareas previamente realizadas por abogados. Desde un punto de vista social, esto es deseado porque reduce los costos de los servicios jurídicos y atiende necesidades jurídicas insatisfechas. No obstante, desde un punto de vista de la industria, puede ser un tiro de gracia que la mande abajo...el trabajo jurídico de corte mecánico ya está siendo enviado a mercados en vías de desarrollo como China, India y Filipinas porque los salarios son más bajos y la fuerza de trabajo en constante crecimiento está dispuesta a asumirlo.²²

Un comentarista muy reconocido, Bruce McEwan, cita datos señalando que el negocio del outsourcing jurídico crecerá de 2011 a 2014 de 640 millones de dólares a 4 mil millones.²³ Se está expandiendo el negocio del derecho, no el negocio para los abogados.

El argumento de un mercado en contracción es por ende, algo diferente hoy en comparación a la década de 1930. La retórica de los críticos de la era de la Depresión venía con un llamado para reforzar las prohibiciones contra la práctica desautorizada del derecho. Hoy se reconoce que la inquebrantable fe en el

²² Henderson y Zahorsky, *supra* nota 18.

²³ Bill Henderson, *Straight Talk on the Woes of BigLaw*, by Bruce MacEwen [Hablando claro sobre los problemas de los grandes despachos, por Bruce MacEwen], The Legal Whiteboard (14 de octubre de 2012), <http://lawprofessors.typepad.com/legalwhiteboard/2012/10/straight-talk-on-the-woes-of-biglaw-by-bruce-macewen.html> (publicado nuevamente de Bloomberg Law, “*Suicide Prices*” & the Coming Crisis at Big Law Firms [Los “precios del suicidio” y la próxima crisis de los grandes despachos jurídicos], YouTube (12 de octubre de 2012), http://www.youtube.com/watch?v=Un9yguUPGEY&feature=player_embedded (presentando una entrevista con el consultor jurídico y bloguero Bruce MacEwen)).

mercado hace que los argumentos monopolistas o proteccionistas sean poco útiles y además, los cambios actuales parecen estar atados a fuerzas inexorables de la globalización. Nadie se atreve a argumentar a favor de una aplicación más efectiva de las normas contra la práctica desautorizada del derecho, aunque en todo caso ha habido preocupaciones sobre “responsabilidad profesional” en lo que respecta a la tercerización de servicios jurídicos.²⁴ Pero en otros sentidos, el argumento de hoy es muy similar al de la década de 1930.

Lo que es fundamentalmente diferente hoy es el enfoque en los altos costos de la educación jurídica como el problema central. Los escritores en la década de 1930 notaban que las escuelas de derecho que eran ajenas a las escuelas de élite eran en todo caso accesibles en términos económicos. Ahora, el argumento más repetido contra las escuelas de derecho es que son muy caras, lo cual lleva a tasas muy altas de endeudamiento facilitadas por el gobierno federal y que los salarios de muchos egresados no son lo suficientemente buenos para pagar posteriormente esa deuda (el libro reciente de Paul Campos resalta esta línea de razonamiento, resaltando lo caro que es ir a una escuela de derecho).²⁵

El libro *Failing Law Schools* (Escuelas de Derecho Fracasando) de Brian Tamanaha, ha sido central para el debate desde su publicación en 2012, hace énfasis en explicar la crisis basada en los altos precios de la educación jurídica y la deuda consecuente a la que lleva²⁶. William Henderson conecta los altos precios de matrícula en las escuelas de derecho²⁷ a los precios de la matrícula en los pregrados haciendo así el argumento de la crisis aún más veemente: “Justo ahora –tanto la educación superior como la nación entera– estamos manteniendo la ilusión de prosperidad a través de una financiación de deuda que recae en jóvenes ingenuos.

²⁴ Pangea3, líder mundial en externalización, propiedad de Thomson Reuters, se basa en un reciente dictamen de la ABA (Asociación de Abogados de EE.UU.) para combatir los problemas éticos. David Perla, *ABA Blesses Legal Outsourcing* [La ABA bendice la tercerización de servicios jurídicos], Pangea3, <http://www.pangea3.com/aba-blesses-legal-outsourcing.html> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2012).

²⁵ Paul Campos, *Don't Go to Law School (Unless)* [No vayas a la escuela de derecho (a menos que)] (2012).

²⁶ Brian Z. Tamanaha, *Failing Law Schools* [Escuelas de derecho fracasando] (2012).

²⁷ Es importante recordar que en Estados Unidos la carrera de derecho es un posgrado.

Esto es inmoral hasta el extremo. Mas en el fondo, y a largo plazo, es la ruina política y económica".²⁸

El impresionante aumento en los precios de la educación jurídica en las décadas recientes está bien documentado por estos autores. También documentan el nivel de endeudamiento concomitante entre los egresados. Este tema ha sido tratado por los medios de comunicación masivos como el *New York Times*.²⁹ La lógica es simple, argumentan que los únicos egresados que podrán pagar su deuda son quienes obtengan trabajos en despachos jurídicos dedicados al derecho corporativo. De acuerdo con Tamanaha:

Cualquier prospecto de estudiante de derecho que trate de descifrar el posible retorno económico de un título de abogado, especialmente un estudiante que pide prestados 100 000 dólares o más para pagar su educación, se enfrenta a esta pregunta: ¿Cuál es mi oportunidad de conseguir un trabajo en una de las 250 firmas de derecho corporativo más grandes de Estados Unidos?³⁰

²⁸ Bill Henderson, *Federal Funding of Higher Education-A Bubble that is Going to Burst* [La financiación federal de la educación superior-una burbuja que va a reventar]. The Legal Whiteboard (10 de agosto de 2012), <http://lawprofessors.typepad.com/legalwhiteboard/2012/08/federal-funding-of-highereducation-a-bubble-that-is-going-to-burst.html> ("La única solución a largo plazo es la imposición de contención de costos a la educación superior mediante la reforma de los términos de financiación federal. La financiación tiene que incentivar la productividad educativa, es decir, que se gasten menos dólares de matrícula para obtener mejores habilidades y aprendizajes, medidos por los ingresos del mercado y la innovación. No más cheques de \$100,000 dólares del gobierno federal por clasificar a los estudiantes según los resultados de los exámenes estandarizados".)

²⁹ Kathy Kristof, *The Great College Hoax: Law Students in Heavy Debt* [El gran engaño universitario: los estudiantes de derecho están muy endeudados], Forbes, (2 de febrero de 2009), <http://www.forbes.com/forbes/2009/0202/060.html>; David Segal, *For Law Schools, a Price to Play the ABA's Way* [Para las escuelas de derecho, un precio por jugar a la manera de la ABA], The New York Times (7 de diciembre de 2011), <https://www.nytimes.com/2011/12/18/business/for-law-schools-a-price-to-play-the-abas-way>; David Segal, *Law School Economics: Ka Ching!* [Economía de la escuela de derecho: ¡Ka Ching!], The New York Times (16 de julio de 2011), <https://www.nytimes.com/2011/07/17/business/law-school-economics-job-market-weakens-tuition-rises.html?pagewanted=all>; Staci Zaretzky, *Law School Loan Debt: A New Way to Walk Yourself Into Your Own Grave* [La deuda de préstamos de la escuela de derecho: una nueva forma de caminar hacia tu propia tumba], Above the Law (25 de septiembre de 2012, 6:30 PM), <https://abovethelaw.com/2012/09/law-school-loan-debt-a-new-way-to-walk-yourself-into-your-own-grave/>.

³⁰ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 143.

Esa oportunidad está principalmente disponible para egresados de las escuelas de derecho de élite y para aquellas personas de otras escuelas que tienen credenciales académicas excepcionalmente buenas.

Los salarios bimodales de inicio en las carreras jurídicas implican que hay grandes diferencias entre los grandes despachos corporativos y todos los demás. Al reportar sobre los egresados de derecho de 2010, por ejemplo, la *National Association of Law Placement* (Asociación Nacional de Ubicación Laboral en Derecho) señala: “Los picos que se ubican en la parte izquierda del gráfico reflejan salarios de 40 000 a 65 000 dólares que representan colectivamente un 52% de los salarios reportados. Los picos a la derecha del gráfico muestran que los salarios de 160 000 dólares representan alrededor de un 14% de los salarios reportados”.³¹ Los críticos dicen que solo aquellos en la parte de recha del gráfico pueden triunfar, dada la deuda requerida para obtener un grado de abogado.

Un par de artículos de Herwig Schlunk, citados favorablemente en blogs,³² aplican un análisis económico al valor de un grado en derecho.³³ Schlunk básicamente encuentra que la carrera vale la pena para quienes atienden las escuelas de derecho mejor rankeadas, en parte porque su fórmula usa el salario de inicio como base para todos los salarios futuros.

El sitio web *Law School Transparency* (Transparencia en las escuelas de derecho) argumenta que la escuela de derecho no es una apuesta ganadora: “Nosotros reorganizamos los datos del

³¹ *Salary Distribution Curve* [Curva de distribución salarial], *National Association of Law Placement* [Asociación Nacional de Ubicación Laboral en Derecho], <https://www.nalp.org/salarydistrib> (fecha de consulta: 5 de enero de 2013).

³² Ashby Jones, *Mamas Don't Let Your Babies Grow Up To Be Lawyers* [Mamás, no dejen que sus bebés se conviertan en abogados], *Wall Street Journal Blog* (13 de noviembre de 2009, 2:58 PM), <https://www.wsj.com/articles/BL-LB-21504> (discutiendo el trabajo de Herwig J. Schlunk, *Mamas Don't Let Your Babies Grow Up To Be...Lawyers* (Documento de trabajo No. 09-29 de Vanderbilt Law & Economics, 2009, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497044).

³³ Schlunk, *supra* nota 32; Herwig J. Schlunk, *Mamas 2011: Is a Law Degree a Good Investment Today?* [Mamás 2011: ¿Es un grado en derecho una buena inversión hoy en día?], Documento de trabajo No. 11-42 de Vanderbilt Law & Economics, 2011), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957139.

consumidor para presentar una imagen clara, comparable y justa de la realidad económica que implica matricularse en una escuela de derecho para futuros estudiantes y hacedores de política pública mostrando la brecha cada vez más grande entre los costos de atender una escuela de derecho y los resultados de empleabilidad para los egresados.”³⁴

De acuerdo con la lógica prevaleciente de los voceros de la crisis, el problema está, sobre todo, en las escuelas con el *ranking* más bajo. Tamanaha señala:

Un sector importante de las escuelas de derecho –las escuelas de más bajo ranking con un alto porcentaje de egresados con una deuda significativa– producen resultados muy cuestionables año a año. Un porcentaje significativo de sus egresados no obtienen trabajos como abogados y aquellos que sí lo logran tienden a caer en trabajos con salarios bajos que no producen un ingreso commensurable al nivel de la deuda.³⁵

Tamanaha y otros reconocen que el programa de pago de la deuda basado en los ingresos, el cual limita el pago de la deuda a un porcentaje determinado el ingreso (actualmente 15% pero en el futuro puede ser menor), puede ser beneficioso. Alivian la carga de los pagos, pero los beneficios del programa son minimizados. Según Tamanaha “A pesar de que les arrojan un salvavidas a los egresados de derecho con deudas altas, salvándolos de entrar en mora, no es ideal (...) este programa puede incluso afectar asuntos como encontrar una pareja y cómo las parejas organizan sus asuntos económicos”.³⁶

³⁴ *Mission, Law School Transparency*, <http://www.lawschooltransparency.com/about/mision> (fecha de consulta: 5 de enero de 2013).

³⁵ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 122.

³⁶ *Id.* pp. 121-22. Curiosamente, un artículo reciente del New York Times cita fuentes que se quejan de que los programas de pago de la deuda basado en los ingresos (IBR, por sus siglas en inglés) beneficiarán a un grupo de personas adineradas, en particular, a quienes egresan de derecho. Andrew Martin, *Well-Off Will Benefit Most From Change to Student Debt Relief Plan, Study Says* [Según un estudio, los más adinerados se beneficiarán del cambio en el plan de alivio de deuda estudiantil], *The New York Times* (16 de octubre de 2012), <http://www.nytimes.com/2012/10/16/business/change-to-student-debt-relief-will-help-welloff-the-most-report-says.html>.

El tema recurrente en esta retórica de la crisis es que aquellos que van a escuelas de derecho de élite están, posiblemente, cometiendo un error, especialmente si tienen que pedir dinero prestado para pagar por su educación. Puede que incluso no obtengan trabajos relacionados con el derecho: *“En un nivel consistente, estos datos indican que alrededor de un tercio de los egresados de derecho en la década pasada no han obtenido trabajos como abogados y los datos sugieren que este es, desproporcionadamente, el caso en las escuelas de derecho de más bajo ranking”*.³⁷ Campos concluye el libro de la siguiente forma: “Haz algo –cualquier cosa– menos ingresar a una escuela promedio con un precio promedio”.³⁸ Por el otro lado, como Tamanaha observa, parece ser una buena apuesta si uno es admitido a una de las escuelas de derecho de élite:

Los estudiantes de las facultades de derecho de élite tienen una buena oportunidad de asegurar trabajos en el mundo corporativo que paguen un salario suficientemente cómodo para manejar una deuda de 120 000 dólares (...) las primeras 15 escuelas de derecho envían entre 30 % y 60 % o más de sus egresados a las primeras 250 firmas por año, alcanzando un tope de 70 % antes de la recesión. Pero el porcentaje de egresados que aseguran esas posiciones empieza a caer rápidamente a medida que uno baja en el ranking de escuelas de derecho... Por fuera de las 50 primeras escuelas, particularmente aquellas no ubicadas en los mercados jurídicos grandes, la mayoría tiende a ubicar apenas un 5 % de sus egresados en estos trabajos bien remunerados y, en algunos casos, a ninguno.³⁹

Tamanaha critica a las escuelas de derecho de élite por aumentar a tales niveles los costos de su matrícula, pero la crítica real va a las escuelas ubicadas en la parte más baja de los *rankings*:

Tomado de manera aislada, es posible justificar lo que estas escuelas han hecho. Yale y Harvard distribuyen el auxilio financiero basándose exclusivamente en criterios de necesidad, lo que en

³⁷ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 134 (énfasis en original).

³⁸ Campos, *supra* nota 25, pág. 97.

³⁹ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 112.

efecto hace que los estudiantes de clases socioeconómicas altas ayuden a cubrir los costos de los estudiantes de los estratos socioeconómicos más bajos (en oposición a las becas basadas en mérito vigentes en casi todas las demás escuelas de derecho, donde los estudiantes con menos recursos económicos terminan subsidiando a los más ricos). Las escuelas de derecho en la cima de los rankings también cuentan con programas de exoneración y perdón de deuda que proveen un alivio genuino para sus egresados que se encuentran en aprietos financieros. El valor económico que concede un título de una escuela de derecho de élite sobrepasa los costos actuales. Estas escuelas han ejercido cierta autorrestricción en el sentido de que podrían cobrar aún más y seguir llenando sus aulas. Además, los estudiantes en las instituciones de élite reciben clase de los mejores profesores.⁴⁰

En pocas palabras, Harvard, Yale, Stanford y otras pocas van muy bien con su modelo de educación jurídica en la cima de la jerarquía. Tal vez deban hacerles unos cuantos ajustes, pero funcionan bien. No solo proveen acceso al mundo corporativo, sino que también, en parte porque muchos de sus egresados van a ese mundo corporativo, tienen programas de perdón de deudas generosamente financiados para beneficiar a aquellos pocos que obtienen puestos en el sector público, como fiscales o abogados defensores. Puede haber debates sobre cuántas escuelas pueden ser catalogadas como de “élite”, pero los críticos no están cuestionando la categoría y las decisiones sobre ingresar a una escuela de élite.

Contrario a la Depresión, los decanos de las facultades de derecho de élite no se sienten ya obligados a enfatizar su distancia respecto de las escuelas que están en la parte baja de la pirámide, las cuales en ese entonces eran las escuelas de derecho católicas y urbanas las que proveían acceso especialmente a minorías y migrantes. Ahora, los críticos más fuertes tienden a ser blogueros y personas de escuelas que están solo un escalón más abajo de las más prestigiosas.

⁴⁰ *Id.* pág. 133.

Ejemplos de esto son la Universidad de Washington (Tama-naha), la Universidad de Colorado (Campus), la Universidad de Indiana Bloomington (Henderson) y la Universidad Vanderbilt (Schlunk). Pero, en todo caso, a quienes apuntan las críticas si-guen siendo las facultades a las que es más fácil ingresar y que tienden a servir a las personas relativamente menos privilegia-das, con menos posibilidades de tener las ventajas educativas que aumentan las posibilidades de tener acceso a escuelas de élite. Los medios de comunicación masivos disfrutan citando a estas y otras personas.

Basándose en estas críticas académicas en particular, David Segal del *New York Times*, se ha convertido en el periodista más conocido por criticar los costos de la educación jurídica y a las escuelas que están ubicadas en las partes bajas de la pirámide. Sus artículos sobre las escuelas de derecho y la educación jurídi-ca han llegado a aspirantes a estudiantes de derecho en todo el país. Segal ve el alto costo de la matrícula como una remunera-ción exagerada a los profesores y ganancias de relleno:

¿Aquellos salones de clase enormes –recuerdan “*Vida de estudiante*”? – mantienen los costos de enseñanza bajos. No hay laboratorios o equipo de alto costo que mantener. A las facultades de derecho les llega tanto dinero que sus profesores son de los mejores pagados en la academia, y las facul-tades de derecho que son parte de Universidades, general-mente subsidian otros campos de la educación superior que generan pérdidas.⁴¹

En otra parte, Segal hace énfasis de nuevo en los salarios de los profesores: “Esta es la razón por la cual muchos profesores de derecho están, en su esfera privada, horrorizados por lo que des-criben como una enorme y continua transferencia de riqueza de estudiantes con poco dinero a académicos asalariados ricos”.⁴²

⁴¹ David Segal, *Is Law School a Losing Game?* [¿La escuela de derecho es un jue-go perdido?], The New York Times, en *1 (8 de enero de 2011), <https://www.nytimes.com/2011/01/09/business/09law.html?pagewanted=%201>.

⁴² *Id.* en *2.

Tamanaha argumenta que el aumento en los costos de la matrícula y la deuda tiene implicaciones de justicia social que los profesores liberales tienden a ignorar:⁴³

Estudiantes de clase media y familias pobres asustadas por el espectro de asumir una deuda enorme renunciarán cada vez más a estudiar derecho. Los actuales estudiantes de derecho están obligados por su deuda a buscar trabajos en el sector corporativo que muchos otros no quisieran tomar. Nuestra matriz de matrículas-becas (la relativa ausencia de becas basadas en necesidad en medida que las escuelas de derecho van en búsqueda de estudiantes con credenciales académicas más altas) ayuda a las personas con mayores recursos económicos a afianzarse en las posiciones de la élite jurídica.⁴⁴

Con el fin de hacer la educación jurídica más accesible, estos críticos argumentan que sus costos deben bajar.

La culpa de los altos costos de la educación jurídica se atribuye a la regulación de la American Bar Association (Asociación de Abogados de EE.UU.), la cual inhibe experimentación con la educación jurídica no lujosa, así como los altos salarios de los profesores de derecho, de quienes se dice que se les paga mucho y trabajan poco, con bajas cargas de horas de docencia. En consecuencia, la solución es la desregulación, salarios más bajos, cargas de enseñanza más altas y alternativas como crear programas de 2 años de duración.⁴⁵ Estas soluciones pueden ser inser-

⁴³ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 134. Tamanaha se enfrenta a los llamados liberales en varios puntos: Los profesores de derecho liberales de hoy en día sin duda condenarían a la ABA dominada por la élite a finales del siglo XX por elevar el costo de la educación jurídica de forma que se restringiera el acceso de las clases más pobres a la profesión. Las barreras económicas a la profesión jurídica vuelven a ser un tema central en la lucha por la normativa que rige la educación jurídica. Esta vez, los profesores de derecho liberales, en nombre de la alta calidad de la enseñanza jurídica y de la equidad con los colegas, son los que defienden la posición del costo más elevado. Tanto entonces como ahora, los argumentos se han formulado en nombre del bien público. Una de las diferencias es que el colegio de abogados de la élite de entonces era consciente de que estaba restringiendo el acceso (por lo que creían que eran razones legítimas), mientras que los profesores de hoy parecen tener anteojeras que les impiden ver esta consecuencia. *Id.* pág. 35.

⁴⁴ *Id.* pág. 150.

⁴⁵ En Estados Unidos el posgrado en derecho dura, por lo general, 3 años. A este programa se accede después de haber cursado un estudio de pregrado con una duración aproximada de dos años.

tadas en un determinado contexto más adelante, pero el punto de partida es qué hacer ante la falta de este tipo de reforma.

Las propuestas de la era de la Depresión eran, en su mejor versión, ataques velados a las escuelas de derecho que abrirían sus puertas a las minorías y migrantes. Las soluciones propuestas en esa época consistían en cerrar las facultades, prevenir que personas ostensiblemente inmorales y no educadas –típicamente de grupos inmigrantes y estratos socioeconómicos bajos– se convirtieran en abogados. Hoy en día, el argumento se elabora a favor del acceso a la educación jurídica para las personas relativamente desventajadas, pero el resultado parece ser similar: una negación al acceso con el fin de proteger justamente a las mismas clases bajas de “decisiones equivocadas”.⁴⁶

Campos sugiere que por el propio interés de los estudiantes, los préstamos que se les dan deben empezar a ser cada vez menores: “En un mercado crediticio que funcione bien, no debería ser posible para las personas pedir prestadas sumas de dinero que realmente nunca van a poder pagar”.⁴⁷ Además, pregunta: “¿Por qué el gobierno federal otorga miles de millones de dólares en subsidios que vienen de los impuestos de todos para producir el doble de abogados que la economía puede absorber?”.⁴⁸ Finalmente, aconseja a los aspirantes a estudiar derecho “Si no vienes de un contexto social privilegiado, incluso las facultades de derecho de élite se han convertido en una propuesta peligrosa”.⁴⁹ Más específicamente, aconseja no entrar a una escuela de derecho si uno tiene que pagar más de 10,000 dólares de matrícula.

Al igual que otros comentadores, incluyendo a Tamanaha, Campos insiste en que el mercado no está funcionando adecuadamente por un “sesgo de optimismo” entre estudiantes que creen que les irá bien y que tendrán puestos en despachos de-

⁴⁶ Gowri Ramachandran compara la reacción actual con la respuesta victoriana a la prostitución: la negación de la oportunidad por su propio bien. Gowri Ramachandran, *Lawyers as “the Great Social Evil”* [Los abogados como el “gran mal social”], 62 *DePaul Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad DePaul] (próximo a publicarse, 2013).

⁴⁷ Campos, *supra* nota 25, pág. 46.

⁴⁸ *Id.* pág. 51

⁴⁹ *Id.* pág. 45.

dicados al derecho corporativo.⁵⁰ Los aspirantes a estudiantes simplemente no pueden entender que entrar a una escuela de derecho -a menos que sea una de élite- esté destinado a ser un plan fallido para la gran mayoría de personas.

Matt Leichter, bloguero de *The Law School Bubble* (La burbuja de la escuela de derecho), también apoya la postura de denegar el acceso:

Independientemente de lo que el *ranking* de U.S. News nos quiera hacer creer, la obligación de demostrar su valor está en las escuelas de derecho y su resistencia a hacerlo indica que no son merecedoras de acceder a los préstamos y subsidios públicos que ofrece el gobierno para que las personas estudien en ellas.⁵¹

La solución menos draconiana que propone Tamanaha es dar a los estudiantes la posibilidad de elegir escuelas de derecho menos costosas, incluso, la posibilidad de programas de tan solo dos años. Él cree que hacer menos estrictos los estándares de la American Bar Association facilitaría que esas escuelas fueran exitosas. Él entiende las implicaciones de enviar a los estudiantes menos privilegiados a aquellas escuelas:

Los liberales igualitarios posiblemente protestarán que estas escuelas sin lujos, que defendí en el capítulo anterior, y los programas de derecho de dos años, serían “basureros” a donde enviaríamos a los estudiantes más pobres y de clase media. Esto es cierto. Serán pocos los hijos de los ricos que irán a estas escuelas, si es que se autoriza que existan. Pero, una descripción más exacta para estas escuelas no sería “basurero”, sino un lugar donde se ofrece la posibilidad de convertirse en abogado por un precio accesible. Tal y como están las cosas hoy, el “no muy escondido y sucio secreto es que ‘la carga más pesada la llevan los abogados que tienen menos facilidad de pagar”⁵²

⁵⁰ *Id.* pp. 18, 20. Véase también, Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 144.

⁵¹ Matt Leichter, *The Juris Doctor is ‘Versatile’ Thanks Mainly to Numerous Logical Fallacies* [El grado de derecho es versátil principalmente por las numerosas falacias lógicas], The American Law Daily (14 de agosto de 2012), <https://www.law.com/texaslawyer/almID/1202567569587/The-Juris-Doctor-is-Versatile-Thanks-Mainly-to-Numerous-Logical-Fallacies/>.

⁵² Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 27 (citando a Daniel J. Morrisey, *Saving Legal Education*

Tamanaha espera poder dar acceso, a facultades que operarían en un mercado jurídico diferente al de aquellas que atienden a los estudiantes más privilegiados. Reconociendo el hecho de que las posibilidades de acceder a un trabajo en el mundo corporativo son bajas para aquellas personas que no van a una escuela de derecho de élite, Tamanaha promovería el acceso, pero a un costo que él reconoce, haría que fuese aún menos probable para quienes asisten a las escuelas de derecho de la parte baja de la pirámide acceder a esos empleos del mundo corporativo con altos salarios.

Aún más, si la alternativa de los costos bajos no gana adeptos, lo cual es sin duda una posibilidad, Tamahana se uniría con Campos en el sentido de desincentivar a manera decidida a los estudiantes menos privilegiados de buscar una educación jurídica. El resultado práctico sería, obviamente, algo similar a lo que buscaban los críticos en la década de 1930: limitar las escuelas de derecho a aquellos que pueden ingresar a las de élite, en términos prácticos, serían solo aquellas personas provenientes de contextos sociales privilegiados.⁵³

Como en la década de 1930, un grupo de abogados construyó una audiencia muy consciente del poder del derecho y los abogados en Estados Unidos y le ha asegurado que el derecho no es una carrera tan grandiosa y que posiblemente vaya en permanente declive. Este grupo ha ganado presencia en los medios de comunicación y al mismo tiempo ha reproducido la jerarquía de las escuelas de derecho y la profesión jurídica. A las personas sin acceso a las escuelas de derecho, que alimentan principalmente a los despachos corporativos, se les dice que no ingresen a menos de que se dé el caso extremo de que tengan recursos familiares para cubrir el costo sin endeudarse.

Aquellos que han estado construyendo estos argumentos han sido sumamente exitosos. De hecho, hoy existen blogueros cuya principal misión es desestimar a aquellos que sugieren que la carrera de derecho puede ser útil para una carrera profesional en

[Salvando la educación jurídica], 56 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 254, 269 (2006)).

⁵³ La relación entre contextos sociales privilegiados y el ingreso a las escuelas de derecho de élite está bien documentada. Veáse *After the JD*, *supra* nota 4.

los negocios.⁵⁴ También han tenido un impacto en las aplicaciones a la carrera de derecho, las cuales han bajado sustancialmente en los últimos dos años. Este movimiento ha persuadido a algunos comentaristas, así como a futuros estudiantes de derecho de que invertir en una educación jurídica no vale la pena.

Tal vez los críticos estén en lo correcto y el derecho no representará en el futuro lo que representó en el pasado, pero mi punto es simplemente, que el proceso de hoy es sumamente similar al ocurrido en la década de 1930, el período más parecido al que vivimos hoy en día. Como todos sabemos, a pesar de la baja demanda prevista en la década de 1930 y, a pesar del espectro de una mayor competencia por los negocios jurídicos de parte de personas no abogadas, la profesión jurídica retornó a la prosperidad.

Lo que es diferente hoy, como señalé anteriormente, son las matrículas y deudas, las cuales son mucho más altas que antes. Además, los argumentos de que hay “demasiados abogados” están basados en diferentes detalles –la tercerización y la tecnología- en comparación a como ocurría antes. Pero al menos, deberíamos sentirnos advertidos por la retórica y la experiencia de la era de la Depresión de impedir, con demasiada ligereza, el acceso a las ventajas que vienen con un título en derecho.

El nuevo realismo jurídico sobre el valor de un título en derecho

Es muy temprano para concluir que un título en derecho es una buena o mala inversión. Como he sugerido, mi opinión es que la hostilidad y el deleite que se observan en la literatura de la catástrofe para la profesión jurídica refleja la fuerza persistente de un título de derecho, no su debilidad. Es digno de una noticia, que la profesión jurídica ha perdido su poder; no que los egresados de las escuelas de negocios, cine, periodismo o medicina carecen de grandes prospectos profesionales. Los escritos sobre los problemas de otras carreras no reciben la misma atención.⁵⁵

⁵⁴ Véase, p. ej. *Inside the Law School Scam* [Dentro de la estafa de las escuelas de derecho], Elie Mystal, *Above the Law*. <http://abovethelaw.com/author/elie-mystal/>.

⁵⁵ El periódico New York Times sólo en contadas ocasiones se ocupa de la maestría

Desde una posición sociojurídica, todavía parece ser que las facultades de derecho atraen a la proporción más grande de las personas mejor conectadas, más talentosas y ambiciosas en los Estados Unidos,⁵⁶ y que esto hace sentido dado el rol central del derecho en la gobernanza del Estado y la economía. De hecho, si bien no es el propósito de este texto, el rol cada vez más importante del derecho para la gobernanza de la economía global, que ha acompañado a la globalización bajo un modelo estadounidense, explica el enorme interés de egresados de derecho extranjeros por hacer una maestría en derecho en Estados Unidos.⁵⁷

Al final de la década de 1930, como se mencionó anteriormente, realistas jurídicos como Karl Llewelyn y Lloyd Garrison empezaron a refutar algo de la hipérbole que caracterizó los ataques contra las escuelas de derecho y las carreras de derecho en la era de la Depresión. Algunas de las observaciones que hicieron aún resuenan como ciertas.

Como fue citado anteriormente, Francis Shea argumentó que incluso si muchas de las escuelas de derecho no eran ideales, “No estoy convencido de que su existencia no esté justificada (...) el proceso de desarrollar liderazgos en una democracia es, necesariamente, un proceso que arroja desperdicios. Me baso de nuevo en la premisa según cual una democracia implica la ausencia de una clase dominante y que se auto perpetúe.”⁵⁸ Las sabias palabras de Garrison, en mi opinión, se compaginan bien con la observación según la cual: “no tenemos aún criterios sobre los cuales podamos hacer algún cálculo sobre cuál debe ser el número adecuado de abogados en un lugar y tiempo determinado”.⁵⁹

en administración de negocios (MBA, por sus siglas en inglés), por ejemplo. Veáse, p. ej., Abby Ellin, *Was Earning That Harvard M.B.A. Worth It? [¿Valió la pena obtener ese M.B.A. de Harvard?]*, The New York Times (11 de junio de 2006), <https://www.nytimes.com/2006/06/11/business/yourmoney/11harvard.html>.

⁵⁶ Veáse *After the JD*, *supra* nota 4, pág. 19 (que señala las credenciales del AJD Project de egresados en derecho)

⁵⁷ Veáse, p. ej., Yves Dezelay y Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* [La internacionalización de las guerras de palacio: abogados, economistas y la contienda por la transformación de los Estados latinoamericanos] (2002)

⁵⁸ Shea, *supra* nota 14, pág. 208.

⁵⁹ Garrison, *supra* nota 16, pág. 134.

Regresaré más adelante sobre esto. Quisiera hacer un boceto sobre algunos elementos de lo que los realistas jurídicos contemporáneos podrían aportar al debate. Como señalé al comienzo, existe relativamente poca literatura defendiendo la carrera de derecho, pero deberíamos esperar mucha más. El éxito del ataque y los atacantes provee, de hecho, un espacio para las personas que están del otro lado. Mi propia contribución es tan solo un punto de partida hacia alguna de la literatura que rescata los méritos de una educación jurídica y el proceso que ha llevado a los altos precios de las matrículas actuales.

El punto de partida es el mejor conjunto de datos disponibles sobre las trayectorias profesionales en la profesión jurídica contemporánea. Estos datos fueron recolectados como parte del proyecto *After the JD* (Juris Doctor) liderado por la American Bar Foundation.⁶⁰ El proyecto consiste en el estudio empírico más grande de la profesión jurídica, sigue una muestra nacional de más de 4,000 egresados de derecho que fueron admitidos a la práctica jurídica en el año 2000. El proyecto contactó a estos egresados 3 y 7 años después de haber sido admitidos a la práctica. El tercer contacto se está realizando ahora. La encuesta de 2007 se realizó antes del colapso de la economía, y por ende, no cubre el destino de las carreras después de la profunda recesión, pero sí provee una imagen del estado de la profesión en ese entonces, algo que plausiblemente, fue catalogado como “normal”.

Tamanaha cita los datos del *After the JD* en la distribución bimodal de salarios en la profesión jurídica.⁶¹ Él observa la diferencia crucial en los salarios iniciales de aquellos que pueden obtener trabajos en los despachos corporativos (inmediatamente después de terminar la escuela de derecho o después de una de las pasantías disponibles para muchos de los egresados de las escuelas de élite, que lleva a bonos en la contratación con las

⁶⁰ *After the JD*, *supra* nota 4.

⁶¹ Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 141. En una entrevista, Campos afirma: “Estamos empezando a recopilar datos longitudinales a más largo plazo. Parece que una sólida mayoría de quienes egresan de las escuelas de derecho de bajo ranking abandonan por completo la profesión a los pocos años de graduarse, o están empleados en trabajos temporales mal pagados –de revisión de documentos en particular– o tratando de ganarse la vida como abogados independientes, lo que es cada vez más difícil debido a la combinación de la abogacía “hágalo usted mismo” (*Legal Zoom* y similares) y la estratificación de la riqueza”. McArdle, *supra* nota 21, pág. 20.

grandes firmas) y aquellos que trabajan para el gobierno, organizaciones de interés público o firmas pequeñas. Esta diferencia es central para el argumento de que la escuela de derecho es una buena inversión solo para quienes llegan a esas posiciones y presumtamente pueden pagar sus préstamos estudiantiles.

Parte del argumento hecho por las personas que promueven la retórica de la crisis es que “donde uno empieza, uno termina”. Schlunk, citado anteriormente, hace de esta premisa su modelo. Otros, incluyendo a Henderson y Tamanaha, citando el clásico estudio de la profesión en Chicago de Heinz y Laumann,⁶² hacen un argumento más sustentado en datos empíricos.

Se refieren a la tesis de los dos hemisferios que fue central en el análisis de la profesión en Chicago en 1974. Dado que la profesión jurídica de Chicago es el único estudio urbano con esta profundidad y las estructuras en Chicago son similares a las de otras grandes ciudades, el análisis de la profesión jurídica en Chicago es central para nuestro entendimiento de la profesión jurídica en general. Según la descripción general de la profesión jurídica que hace Tamanaha:

La profesión se divide en dos hemisferios distintos con poco movimiento de profesionales entre ellos. Los abogados en el hemisferio del derecho corporativo se han graduado en su mayoría de escuelas de derecho prestigiosas y les va bien en términos económicos; los abogados en el hemisferio de las firmas pequeñas y trabajos en el gobierno se graduaron de escuelas de derecho locales de bajo *ranking* y el ingreso promedio de esos abogados ha bajado en términos reales a lo largo de los últimos 20 años.⁶³

El argumento original de Chicago Lawyers (Abogados de Chicago) amerita un examen minucioso. La profesión jurídica de Chicago a comienzos de los 70 estaba dividida por ocupación y por escuela de egreso, pero más importante aún, estaba dividida por el contexto étnico y religioso. La carencia de movilidad pro-

62 John P. Heinz y Edward O. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar* [Abogados de Chicago: La estructura social de la barra] (1982); John P. Heinz, Robert L. Nelson, Rebecca L. Sandefur y Edward O. Laumann, *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar* [Abogados urbanos: La nueva estructura social de la barra] (2005).

63 Tamanaha, *supra* nota 26, pág. 141.

venía en gran medida del hecho que las firmas de derecho corporativo eran bastiones de protestantes blancos poco abiertos a las minorías, católicos o judíos. La contratación lateral también era excepcional, así como la rotación una vez que una persona lograba hacerse socio o socia. Los distintos hemisferios estaban separados por antecedentes religiosos, étnicos, nacionales, escuela de egreso y área de práctica.

Hay suficiente evidencia de que la parte corporativa de la profesión en Chicago y otros lugares, hoy es mucho más grande y abierta.⁶⁴ También es mucho más competitiva que en el pasado, lo cual ha llevado a mucha más movilidad entre diferentes despachos, ya sea en socios o asociados. El reciente artículo de Theodore Seto para el *Journal of Legal Education* (Revista de Educación Jurídica) muestra que las firmas más prestigiosas en el derecho corporativo tienen una mezcla relativa de socios de escuelas de derecho locales.⁶⁵ Las 10 escuelas que alimentan en mayor medida a los despachos de derecho corporativo más prestigiosos de Chicago incluyen a: Universidad Loyola Chicago, Universidad DePaul, Escuela de Derecho de Chicago Kent y la Escuela de Derecho John Marshall,⁶⁶ algo inimaginable en 1974.

Algunos de estos egresados de escuelas de derecho locales empezaron su carrera, sin duda alguna, en grandes firmas locales, y algunos hallazgos recientes del proyecto *After the JD*⁶⁷ y otras investigaciones sugieren que aquellos egresados de escuelas de derecho que no son de élite pueden tener mayor probabilidad de hacerse socios, en comparación a los egresados de escuelas de élite que entran a esas mismas firmas en un número mucho más alto.

⁶⁴Veáse, p. ej., Eli Wald, *The Rise and Fall of the WASP and Jewish Law Firms* [Auge y caída de los bufetes de abogados WASP (blanco, anglosajón y protestante) y judíos], 60 *Stanford Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Stanford] 1803 (2008).

⁶⁵ Theodore Seto, *Where Do Partners Come From?* [¿De dónde vienen los socios?] 62 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 242, 244-45 (2012).

⁶⁶ *Id.* pág. 249.

⁶⁷ Ronit Dinovitzer y Bryant Garth, *Not That Into You* [No les interesas tanto], *American Lawyer*, 1 de septiembre de 2009, pág. 57 (muestra que los graduados de la élite “no están tan interesados” en los grandes bufetes de abogados, según las entrevistas de *After the J.D.*). Los datos del segundo informe del AJD también muestran que los estudiantes de derecho de “tercer nivel” deseaban y esperaban convertirse en socios más que los graduados de las escuelas de derecho de alto ranking. *After the JD II*, *supra* nota 4.

Por ejemplo, William Henderson observa que “Hay un camino profesional muy marcado entre las primeras 14 escuelas de derecho y las grandes firmas, pero, en algún punto antes de llegar a convertirse en socios, los asociados que egresan de estas escuelas tienden a “bajarse del tren” en números desproporcionadamente altos”.⁶⁸ Una proporción más alta de egresados de escuelas distintas a esas primeras 14, terminan convirtiéndose en socios de esas prestigiosas firmas. No obstante, para una persona no egresada de las escuelas de derecho más prestigiosas acceder a esos puestos solo es factible si tienen notas y credenciales académicas muy altas.

El trabajo de Seto refleja también una historia diferente sobre lo que es llegar a ser socio en las firmas prestigiosas. Un patrón común hoy que no existía cuando se realizó el estudio original de Chicago es que los abogados empiecen en cualquier lugar –firmas pequeñas, práctica individual o función pública– y que posteriormente pasen a grandes firmas en una etapa más madura de sus carreras.

El ejemplo paradigmático de esta movilidad son los abogados que trabajaban en áreas de práctica que empezaron a hacerse más atractivas para las grandes firmas corporativas: el litigio en las décadas de 1970 y 1980⁶⁹ para muchas firmas corporativas, la práctica sobre quiebras y bancarrota en la década de 1980 y propiedad intelectual, más recientemente. Las grandes firmas empiezan a desarrollar áreas de práctica que creen necesitar para atender a sus clientes y prosperar. Consecuentemente, contratan a los “pioneros” que ya se han construido una reputación en esas áreas. Ya no es el caso que, aquellos quienes empiezan su carrera en una firma pequeña, estén confinados por siempre a un “hemisferio” en particular.

⁶⁸ William Henderson, “Too Good for Big Law”: The Statistician Edition (“Demasiado bueno para los grandes despachos”: la edición de los estadísticos], *The Legal Whiteboard Blog* (9 de marzo de 2012), <https://lawprofessors.typepad.com/legalwhiteboard/2012/03/too-good-for-biglaw-the-statistician-edition.html>.

⁶⁹ Contamos esta historia en Yves Desalay y Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* [Tratando en virtud: el arbitraje comercial internacional y la construcción de un orden jurídico transnacional] (1996).

Incluso si examinamos un poco más únicamente carreras por fuera del sector corporativo, un hallazgo interesante que apareció en la segunda ola del estudio *After the JD*, fue que entre el tercer y séptimo año después de ser admitidos a la práctica, los salarios de aquellos que están fuera de las firmas corporativas incrementan en un porcentaje más alto que el de aquellos ubicados en el sector corporativo.

La compensación en el mundo corporativo creció en términos absolutos, pero los otros reciben incrementos sustancialmente buenos.⁷⁰ Los practicantes independientes perciben aumentos de un 60 % comparado al 33 % de aumento que perciben quienes trabajan en firmas de 250 abogados o más. Los abogados que trabajan en negocios recibieron aumentos de un 33 %, en el que la media eran 100,000 dólares. Además, en el séptimo año, se les preguntó a los participantes el impacto de la deuda en sus vidas y decisiones, y los participantes, como grupo, no describieron un escenario fatalista. Reportaron un pequeño impacto en términos relativos en lo que concierne, por ejemplo, en la decisión sobre si comprar o no una casa (2.5 de 7).⁷¹

Más importante aún, en referencia al sesgo de optimismo que supuestamente atraía a las personas a las escuelas de derecho, los datos recopilados al tercer año de ser admitidos a la práctica revelaban una satisfacción abrumadora con la decisión de haber cursado la carrera de derecho. La satisfacción no era más alta en los abogados que trabajaban en el sector corporativo, ganando los salarios más altos (los practicantes independientes y los abogados en el sector corporativo reportaban una satisfacción alta o moderada de un 78 %), ni en los egresados que habían estudiado en las escuelas de élite (un 32 % de los egresados de las 10 mejores escuelas reportaban estar extremadamente satisfechos mientras y un 38 % de las primeras cuatro escuelas reportaban ese mismo grado de satisfacción).⁷²

⁷⁰ *After the JD II*, supra nota 4.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

De hecho, un indicador del rol del título de abogado era que los hispánicos y afroamericanos eran los grupos que tenían mayor tendencia a expresar una satisfacción moderada o extrema con su decisión de haber estudiado derecho (80%).⁷³ Los datos más completos sugieren entonces que aquellas personas que deciden estudiar derecho siguen percibiendo esa decisión como un camino favorable para la movilidad social.

Los participantes en el *After the JD* tienden a creer, con razón, que la educación jurídica es una buena inversión. Los forjadores de la visión de la crisis que insisten en que las personas estudian derecho cegados por un sesgo de optimismo y falta de información tendrían que explicar por qué ese optimismo persiste después de haber estudiado derecho y ya unos años después de estar practicándolo.

Una versión más realista sugiere que la decisión de estudiar derecho parece ser más informada de lo que los críticos creen. Por supuesto que podemos encontrar muchas voces expresando un remordimiento de comprador antes de que los egresados de derecho encuentren un punto de entrada a la carrera profesional, pero la estructura de la profesión y las opiniones de aquellos que acceden a ella sugieren que hay algo más además de un sesgo de optimismo.

También es necesario un relato más razonado sobre el costo de la matrícula si queremos hacer una evaluación más realista sobre la conveniencia de invertir en una carrera de derecho. La razón por la que Tamanaha y otros critican a las escuelas de derecho es porque ven como excesivos e innecesarios los aumentos en los costos de la matrícula que tienen como consecuencia una deuda excesiva.

⁷³ *Id.*

Matrículas, el mercado de la educación jurídica y competencia

La literatura contemporánea sobre la crisis de la educación jurídica culpa a las escuelas de derecho, a la American Bar Association, la facilidad con la que se obtienen préstamos y los *rankings* de *U.S. News* por el aumento en los costos de matrícula. Tamanaha señala que los *rankings* han llevado a las escuelas a tratar de incrementar su prestigio promoviendo en su interior la investigación académica costosa, reduciendo las cargas de horas de enseñanza y teniendo un cuerpo profesoral más costoso; incrementando el número de profesores para mejorar la ratio estudiante-profesor; aumentando las becas y auxilios financieros basados en mérito y no en necesidad económica con el fin de reclutar a estudiantes con credenciales académicas sobresalientes.⁷⁴

Los críticos argumentan también que la American Bar Association ha usado estándares de acreditación para dificultar la oferta de programas educativos alternativos y de menor costo, permitiendo así que las escuelas de derecho que no están bien *rankeadas* mantengan altas sus matrículas, tratando equivocadamente, de imitar a las escuelas de élite.⁷⁵

En palabras de Tamanaha, “No todas las escuelas de derecho y no todos los profesores deben estar orientados hacia la investigación; especialmente en las escuelas que no están bien *rankeadas*, donde sus egresados tienen una expectativa salarial menor, los estudiantes no deberían pagar el costo de una facultad dedicada a la investigación”.⁷⁶ Los críticos sugieren que los estudiantes simplemente han pagado los precios de sus matrículas

⁷⁴ Tamanaha, *supra* nota 26.

⁷⁵ “Prácticamente todas las escuelas de derecho acreditadas (...) han adoptado cargas académicas que proporcionan a los profesores amplio tiempo para la investigación académica. En efecto, todas las escuelas de derecho acreditadas se configuran como universidades de investigación. De acuerdo con el modelo académico unificado promovido por la AALS [Asociación de Escuelas de Derecho de EE.UU.] e implementado por la ABA [Asociación de Abogados de EE.UU.], ha sido aplastado lo que podría haberse desarrollado como el equivalente de las universidades comunitarias para las escuelas de derecho”. *Id.* pág. 62.

⁷⁶ *Id.* pág. 78.

porque carecen de acceso a alternativas más baratas y porque es relativamente fácil obtener un crédito del gobierno federal. Las matrículas de las escuelas de derecho no han sido controladas.⁷⁷

El gran aumento en las matrículas de las escuelas de derecho va en paralelo al aumento en el precio de matrículas de los pregrados, incluso si los mayores aumentos ocurrieron en las escuelas de derecho. La pregunta es, ¿qué se puede aprender de la experiencia de los pregrados?

Caroline Hoxby, una prominente economista de la Universidad de Stanford, ha llevado a cabo los análisis más importantes del mercado de la educación en general. Ella indica que el aumento en la matrícula viene, no necesariamente de imperfecciones del mercado sino de un aumento en la competencia, que se explica por una reducción en los costos de transporte y un aumento en la información disponible a los potenciales estudiantes: "La educación superior ha sido transformada, pasando de ser una serie de autarquías locales a un mercado nacional y regional integrado en el que cada universidad tiene varios competidores potenciales para insumos y consumidores".⁷⁸ Las universidades que operan en mercados locales relativamente cerrados –similares a las autarquías– no aumentaron sus matrículas de manera significativa.

⁷⁷ A finales de la década de 1980, el problema de la deuda ya contaba con notables agoreros, como John Kramer y David Chambers, y por supuesto, en los últimos veinte años se ha producido un aumento aún mayor de la matrícula y la deuda. Veáse David L. Chambers, *Educational Debts and the Worsening Position of Small-Firm, Government, and Legal-Services Lawyers* [Las deudas educativas y el empeoramiento de la situación de los abogados de pequeñas empresas, de la administración pública y de los servicios jurídicos], 39 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 709, 709 (1989); John R. Kramer, *Who Will Pay the Piper or Leave the Check on the Table for the Other Guy* [¿Quién pagará al gaitero o dejará el cheque sobre la mesa para el otro?], 39 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 655, 686-87 (1989); John R. Kramer, *Will Legal Education Remain Affordable, by Whom, and How?* [¿Seguirá siendo accesible la educación jurídica? ¿Por quién y cómo?], 36 *Duke Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad Duke] 240, 263-64 (1987).

⁷⁸ Caroline M. Hoxby, *How the Changing Market Structure of U.S. Higher Education Explains College Tuition* [Cómo la cambiante estructura del mercado de la educación superior estadounidense explica la matrícula universitaria] 1 (Documento de trabajo No. 6323 de la Oficina Nacional de Investigación Económica, 1997), disponible en <https://www.nber.org/papers/w6323>.

Por el contrario, “abrir la competencia en el mercado de la educación superior genera un aumento sustancial en el precio promedio de las matrículas”.⁷⁹ También lleva a un estudiantado más homogéneo en términos de credenciales dentro de cada escuela, y, al mismo tiempo, genera una diferenciación cada vez más grande en términos de los “productos” que genera cada universidad.

Para la educación en pregrados, al menos, Hoxby rechaza la llamada hipótesis de Bennett, que relaciona la disponibilidad de préstamos federales con el aumento en precios de matrícula, sugiriendo que la hipótesis de Bennett depende de “la existencia de imperfecciones grandes en el mercado referentes a la oferta de educación de pregrado (barreras para la entrada, información muy pobre en manos del consumidor sobre los beneficios de distintas universidades)”.⁸⁰ Ella concluye que de hecho, el mercado está funcionando sumamente bien. También rechaza la idea de colusión entre universidades argumentando que, “las universidades, están perdiendo poder en el mercado con el paso del tiempo”. Hoxby sostiene que “la matrícula aumenta porque el hecho de que se haya abierto el mercado ha aumentado la calidad de la competencia”.⁸¹

La competencia en calidad y servicios es un factor clave en el aumento de los costos de matrícula. Según Hoxby, los estudiantes con una calidad relativamente alta exigen más de parte de las escuelas de derecho en las que van a ingresar. La competencia por la calidad aumenta el precio de matrícula y la calidad aumenta proporcionalmente según aumenta la matrícula. De manera muy simple, el pago de la matrícula no se convierte en ganancia, sino en recurso para ser usado en la competencia por proveer servicios y educación de calidad.

No obstante, el aumento es diferente según los distintos niveles de selectividad. Las universidades más selectivas aumentan el costo de matrícula de manera más sostenida en el tiempo; las menos selectivas no lo aumentan de manera tan drástica. De

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* pág. 5.

⁸¹ *Id.*

manera opuesta a como uno supondría si el mercado no fuera competitivo, las universidades más selectivas invierten sus aún más grandes matrículas en la educación y servicios que ofrecen a sus estudiantes. La jerarquía educativa es real en el análisis de Hoxby. Las escuelas de derecho que no son tan selectivas no pueden invertir tanto, lo que lleva a mayor diferenciación en el mercado. Pero el punto principal es que los grandes aumentos en precios de matrícula entre las escuelas de derecho, sean muy selectivas o no, son una respuesta racional al incremento de la competencia en el mercado.

Desde esta perspectiva, el aumento en la matrícula se explica por un mercado más competitivo. En lo que respecta a los potenciales estudiantes de derecho, actualmente cuentan con mucha más información sobre la calidad y prestigio de distintas escuelas de derecho. Los estudiantes más brillantes tienen menos probabilidad de ingresar a las escuelas de derecho locales, pues ahora hay más oferta y alcance de las escuelas de élite, es mucho más fácil movilizarse a un lugar lejos de casa para estudiar derecho.

Hoxby argumenta que la estrategia de disminuir la matrícula no funciona como un mecanismo para atraer a los mejores estudiantes, por el contrario, lleva a una autopronosticada disminución en la calidad del estudiantado⁸². Según esta lógica, las escuelas de derecho aumentan su matrícula para ofrecer a los estudiantes distintas actividades, como clínicas jurídicas, programas de escritura, apoyo académico, revistas académicas y servicios de trayectoria profesional. Si bien Hoxby no trata esto, puede ser que los estudiantes también estén buscando tomar clase con profesores notables de los programas que les interesan.

Los aspirantes a ser estudiantes de derecho que parecen compartir ciertas características, según este argumento, buscan lo que creen les va a dar un mayor retorno a la inversión de estudiar derecho. Las escuelas de derecho que no son muy selectivas no pueden invertir mucho, lo cual lleva a mayor diferenciación

⁸² *Id.* pág. 18 (“Supongamos que una universidad compite bajando la matrícula que cobra por su nivel de calidad del servicio. La universidad atrae a nuevos estudiantes, pero un número desproporcionado de los estudiantes tiene una baja demanda y calidad. La calidad de la universidad fracasa debido a los efectos de los compañeros y el equilibrio se reestablece con la universidad a un precio más bajo y una calidad inferior”.).

en el mercado, pero, en todo caso, compiten tanto y tan efectivamente como pueden, y aumentan sus matrículas cuando es posible. Este análisis coincide con la perspectiva de varios decanos, según la cual los aumentos en matrícula no se han dirigido a aumentar los salarios de los profesores – excepto por las pocas escuelas de derecho que pueden competir por los y las mejores profesoras– sino en servicios y programas.

También coincide con la Oficina de Responsabilidad del Gobierno de EE.UU. la cual concluyó: "Según los directivos de las escuelas de derecho, el cambio de orientación hacia una educación jurídica más práctica y con más recursos, junto con la competencia por subir de puesto en los *rankings*, parecen ser los principales factores que explican el aumento en las matrículas, mientras que los requisitos de acreditación de la *American Bar Association* parecen desempeñar un rol menor".⁸³

En un artículo más reciente, Hoxby ubica esta competencia en la pregunta sobre qué deben hacer las escuelas de derecho para competir y sobrevivir:

"Aunque los estudiantes con aptitudes muy altas no obtienen ganancias inesperadas en promedio, sí están mucho mejor en comparación a cuando estaban en una autarquía, pues en ellas eran cautivos de su universidad local y no había una inversión en su capital humano. Con la integración, experimentan inversiones masivas en su capital humano y son sus universidades, no ellos o sus familias, quienes enfrentan el mayor riesgo y dificultad asociados con la financiación de esas altas inversiones. Si los estudiantes con altas credenciales no terminan ganando mucho dinero después de haber estado en una universidad de élite, simplemente no donan mucho a ella después. Depende de cada universidad garantizar que haya un balance financiero para cada cohorte de estudiantes. Visto de otra forma, para los estudiantes con altas credenciales, la globalización representa una liberación enorme de las

⁸³ Oficina de Responsabilidad del Gobierno de EE.UU., GAO-10-20, *Higher Education: Issues Related to Law School Cost and Access* [La educación superior: cuestiones relacionadas con el coste y el acceso a las escuelas de derecho] 2 (2009). El informe también señala que las matrículas de las escuelas de derecho públicas aumentaron debido a los grandes recortes en la financiación estatal. *Id.* pág. 29.

fuerzas del mercado. A medida que han ido obteniendo más libertad, sus ganancias han sido más sistémicas”⁸⁴

La analogía sería la de las escuelas de derecho invirtiendo cada vez más en servicios y programas, pero enfrentando el riesgo de que no producirían suficientes egresados exitosos para poder mantener esa competencia. Volveré sobre este punto de los riesgos que entraña un mercado cada vez más competitivo, pero el punto aquí es que las escuelas de derecho están compitiendo racionalmente según esta perspectiva económica.

No lo desarrollaré aquí, pero podríamos llegar a las mismas conclusiones a través de un análisis sociológico complementario. Siguiendo una línea de investigación inspirada por la teoría del campo de Pierre Bourdieu, las escuelas de derecho compiten de acuerdo con lo que es valorado en el campo semiautónomo del derecho y los estudiantes, profesores y directivos son muy conscientes de la jerarquía y términos de la competición.⁸⁵

Sin duda existe diferenciación entre las distintas escuelas de derecho, pero tienden a competir tratando de mostrar características y rasgos que son valorados dentro del mundo general de la educación jurídica: la contratación de profesores, innovación curricular, estudiantes con mejores credenciales académicas, tasas de aprobación del examen de la barra más altas y la capacidad de ingresar a los trabajos del mundo corporativo. El estudio sociológico sugiere también que la competencia en lo valorado en los campos tiende a colaborar para promover la prosperidad del campo como un todo.

La inversión académica, según este análisis, no es autocomplacencia sino un factor central para mover el campo a través del tiempo y mantenerse relevante frente a nuevos temas, preocupaciones y poder atraer talento. Los estudiantes ambiciosos buscan ingresar a las escuelas de derecho porque en términos históricos, han producido líderes del sector público y económico, y la inver-

⁸⁴ Caroline Hoxby, *The Changing Selectivity of American Colleges* [La cambiante selectividad de las universidades estadounidenses], 23 *Journal of Economic Perspectives* [Revista de Perspectivas Económicas] 95, 114 (2009).

⁸⁵ Veáse, p. ej., Pierre Bourdieu y Loïc Waquant, *An Invitation to Reflexive Sociology* [Una invitación a la sociología reflexiva] (1992).

sión en la contratación de profesores expertos en los temas de actualidad –incluyendo el valor de la educación jurídica, las preocupaciones por los grupos sociales que han sido marginados, y la regulación de la economía, por poner algunos ejemplos– posicionar a las escuelas de derecho y al derecho para mantener esa ventaja competitiva en tiempos que están cambiando rápidamente.

Las observaciones a la competencia llevan a un hallazgo obvio que ha sido omitido por la mayoría de las personas en el mundo de la educación jurídica. Los *rankings* de U.S. News no causaron la competencia entre las escuelas de derecho; ayudaron a delinear la forma que tomaría esa competencia, pero ésta, al final, sería tan intensa como cualquier otra aún sin la existencia de *rankings*. En particular, la competencia por estudiantes con altas credenciales académicas y por reputación académica existiría bajo un ranking explícito o implícito.⁸⁶

El trabajo de Hoxby sugiere la hipótesis, de que, los aspirantes a estudiar derecho tienen en realidad una buena idea de lo que es el mercado. Buscan las escuelas de derecho que más invertirán en ellos, bajo la teoría de que esa inversión en servicios y programas aumentará proporcionalmente su capital humano. Estos aspirantes no han buscado la escuela de derecho austera, asiduamente promovida por Campos y Tamanaha, entre otros, para las personas que no pueden acceder a las escuelas de élite.

En California, la Escuela de Derecho Concord, fundada en 1998, provee una alternativa en línea muy prominente y accesible en términos económicos y las muchas escuelas de derecho acreditadas en California permiten a sus egresados tomar el examen de la barra de California directamente. Además, otras escuelas permiten a sus egresados tomar el examen regular de la barra después de pasar el examen de la barra de estudiantes de derecho de primer año, también conocido como *Baby Bar Exam* (literalmente examen de la barra bebé). No obstante, los estudiantes que tienen otras opciones no ingresan, por lo general, no ingresan a estas escuelas de derecho.

⁸⁶ En otras palabras, *U.S. News & World Report* no tiene la culpa de lo que observa Tamanaha: “Al entrar en el siglo XXI, el impulso competitivo de las becas por parte de profesores individuales y de las escuelas de derecho estaba en pleno apogeo – un factor importante en la política institucional y en el presupuesto general”. Tamanaha, *supra* nota 25, pág. 77.

No sabemos si el amplio rango de actividades estudiantiles disponibles hoy, –revistas de derecho, clínicas jurídicas, programas de escritura, certificados, organizaciones estudiantiles, pasantías, tribunales simulados, entrenamiento en litigación y competencias de negociación– hacen una diferencia en las carreras de los abogados, a través de las habilidades, experiencia y redes que les acompañan. Tamanaha y otros se quejan del tercer año de derecho que, a su juicio es caro e inútil, pero interesantemente, los participantes en *After the JD* no creen que ese tercer año deba ser eliminado.⁸⁷ Tampoco podemos saber si las escuelas de derecho que mejoran el capital académico de sus profesores ganan beneficios reputacionales o de otro tipo para ayudar a sus estudiantes a triunfar. Puede existir una relación entre la contratación más profesores reconocidos y el aumento en las donaciones de exalumnos, participación estudiantil e, incluso, oportunidades de empleo para pasantías judiciales, por ejemplo. No estoy seguro de que existan efectivamente esas relaciones, pero ameritan ser exploradas.⁸⁸

Los estudiantes pueden ser conscientes de lo que están haciendo cuando eligen una escuela basándose en factores que afectan la posición de ella en el mercado de la educación jurídica. También puede ocurrir, como he sugerido, que las escuelas de derecho con costos altos de matrícula, proliferación de programas y profesores investigadores estén compitiendo de manera racional dada la estructura del mercado.

Los altos costos de matrículas que obedecen a una carrera en la competencia por estudiantes, profesores y reputación, reflejada a su vez en la proliferación de nuevos y más servicios y programas,

⁸⁷ *After the JD*, supra nota 4.

⁸⁸ La encuesta sobre el compromiso de los estudiantes de la escuela de derecho (LSSSE, por sus siglas en inglés) permite una investigación más sistemática de estas relaciones que en el pasado. Un paso interesante para mostrar estos impactos es Carole Silver et al., *Gaining from the System: Lessons from the Law School Survey of Student Engagement on the Self-reported Gains of Law Students* [Beneficiándose del sistema: lecciones de la encuesta sobre el compromiso de los estudiantes de la escuela de derecho sobre las ganancias autodeclaradas de los estudiantes de derecho], 10 *University of St. Thomas Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad de St. Thomas] (próximo a publicarse, 2013) (muestra cómo diversas actividades durante la escuela de derecho contribuyen a las ganancias reportadas en el desarrollo personal e intelectual).

puede tener sentido dado el mercado competitivo de hoy en día tal y como sugiere Hoxby. Esto no es producto de una conspiración de académicos sobrepagados y el proceso de acreditación de la *American Bar Association* (Asociación del Colegio de Abogados de EE.UU.). No obstante, el hecho de que podamos explicar mejor el fenómeno no significa que todo esté bien o mejor dicho, que las escuelas de derecho puedan ser autocomplacientes. En específico, el poder explicar el fenómeno no quiere decir que todas las escuelas de derecho serán exitosas en la competencia y no significa que las menos privilegiadas se beneficiarán.

Conclusiones tentativas

El primer punto de este artículo es que, tal y como ocurrió en la década de 1930, la crisis de la retórica es una evidencia de la fortaleza de la profesión jurídica, no de su debilidad o pérdida de importancia. El argumento sobre el valor de un título de abogado es, en gran parte, un argumento liderado por abogados y profesores de derecho. No se debería restar importancia a una profesión que controla el argumento sobre el valor de la propia profesión. De hecho, la misma iniciativa emprendedora que logró que abogados y profesores abrazaran el tema del valor de la educación jurídica estuvo presente desde antaño en la profesión jurídica.

A pesar de las suposiciones sobre mercados estáticos y proyecciones de crecimiento lento, los abogados han sido muy exitosos en convertir nuevos asuntos sociales, tecnologías y mercados en una oferta de nuevos productos que satisfacen una nueva demanda.⁸⁹ El ejemplo obvio es la litigación grande o masiva, como lo mostró Marc Galanter⁹⁰. Citando el tema de la litigación y el rompecabezas de más abogados y mayor demanda, Sander y

⁸⁹ Veáse Carrie Menkel-Meadow, *Too Many Lawyers? Or Should Lawyers Be Doing Other Things?* [¿Demasiados abogados? ¿O deberían los abogados dedicarse a otras cosas?], 19 *International Journal of the Legal Profession* [Revista Internacional de la Profesión Jurídica] 147 (2013) (donde sugiere nuevos servicios que deberían realizar los abogados).

⁹⁰ Veáse, Marc Galanter y Thomas Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm* [Torneo de abogados: la transformación de las firmas grandes de abogados] 43, 115 (1991). Veáse además Yves Dezelay y Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue* [Tratando en virtud] 105-06 (2012).

Williams reconocieron en 1988 que “un aumento en la oferta de abogados puede estimular la demanda de servicios jurídicos”.⁹¹ Aún no sabemos, como dijo Lloyd Garrison en la década de 1930, cuál es el número adecuado de abogados para una sociedad en un momento determinado.⁹²

El poder de un título de abogado en un país -y potencialmente en el mundo- se relaciona con el hecho de que la política y la economía son gobernadas a través del lenguaje del derecho, y esas conexiones también hacen que el grado de abogado sea útil en otras carreras. La literatura de la crisis menosprecia el valor del título de abogado para carreras alternativas o no típicamente jurídicas, diciendo que esos argumentos solo sirven a los intereses de reclutadores y directivos. Tamanaha opina que esas personas simplemente ya no se matricularán en las escuelas de derecho: “Veinte o diez años atrás, cuando la carga de la deuda era más soportable, un egresado de derecho que no obtenía un trabajo como abogado todavía podía salir a flote en términos financieros (...) hoy en día tiene mucho menos sentido invertir tanto tiempo y dinero en educación jurídica como un medio para subir la escalera social; especialmente para personas que están en la mitad de sus carreras y tienen menos años de ingresos futuros con los cuales recuperar el costo.”⁹³

Otros son más vehementes, Leichter publicó un artículo ridiculizando la idea de que el título de abogado sea útil para otras carreras.⁹⁴ Para Campos, el hecho de que los datos muestren

⁹¹ Richard H. Sander y E. Douglass Williams, *Why Are There So Many Lawyers? Perspectives on a Turbulent Market* [¿Por qué hay tantos abogados? Perspectivas de un mercado turbulento], 14 *Law & Social Inquiry* [Derecho e Investigación Social] 431, 471 (1989).

⁹² Un intercambio muy interesante a principios de los años 90 sobre el número de abogados ideal para el crecimiento económico muestra la dificultad de argumentar a favor de un número determinado. Charles R. Epp, *Do Lawyers Impair Economic Growth Debate: Do Lawyers Impair Economic Growth* [El debate sobre si los abogados perjudican el crecimiento económico: ¿Los abogados perjudican el crecimiento económico?], 17 *Law & Social Inquiry* [Derecho e Investigación Social] 625, 268 (1992).

⁹³ Tamanaha, supra nota 26, pág. 118 (2012).

⁹⁴ Matt Leichter, *The Juris Doctor is 'Versatile' Thanks Mainly to Numerous Logical Fallacies* [El grado en derecho es “versátil” principalmente gracias a numerosas falacias lógicas], *The American Law Daily* (14 de agosto de 2012), <https://www.law.com/texaslawyer/alnID/1202567569587/The-Juris-Doctor-is-Versatile-Thanks-Mainly-to-Numerous-Logical-Fallacies/>

que de 1976 a 2010 las escuelas de derecho acreditadas por la American Bar Association graduaron 1.4 millones de abogados, además de varios otros miles que se graduaron de escuelas no acreditadas por dicha Asociación; pero que el Departamento de Estadística Laboral solo cuente 728,000 abogados revela un problema, y no una fortaleza del grado de abogado.⁹⁵ El problema con el argumento de que el grado de abogado sirve para otras carreras es: “también se puede hacer todo eso sin tener un título de abogado”.⁹⁶ Campos critica “la manera absurda en la que las escuelas se felicitan por el éxito de sus egresados que no son abogados”.⁹⁷

No tenemos datos sólidos sobre el rol del título de abogado en otras carreras. Aquellos que han hablado con líderes de industrias que cuentan con un grado de abogado, típicamente atribuyen mucho de su éxito a su entrenamiento jurídico.⁹⁸ Además, desde una perspectiva sociológica, uno esperaría una relación entre aquellas que practican el derecho y quienes usan sus destrezas en análisis e instituciones jurídicas en otros contextos. En pocas palabras y similar a como ocurrió en la década de 1930, el título de abogado está lejos de ser algo inútil para triunfar en los EE.UU.

No obstante, al igual que en la década de 1930, la retórica de la crisis tiene un sesgo con serias implicaciones. En la era de la Depresión la crisis era vista por los integrantes de la élite de la profesión como una razón para atacar las escuelas de derecho que proveían acceso a los grupos menos privilegiados como los inmigrantes. Eran ellos los que producían demasiados abogados, y estos no se comportaban según los estándares éticos de la profesión.

⁹⁵ Campos, *supra* nota 25, pág. 1.

⁹⁶ *Id.* pág. 29.

⁹⁷ *Id.* pág. 30.

⁹⁸ He hablado con muchas de estas personas como decano en dos ocasiones y en entrevistas con numerosos abogados de negocios en el marco de proyectos para la *American Bar Foundation*. No he encontrado a ningún egresado en derecho en el ámbito empresarial que deseara no haber asistido a la escuela de derecho. Por supuesto, no se trata de datos sistemáticos dedicados a esta única cuestión. El proyecto *After the JD* también muestra opiniones favorables del grado en derecho para quienes se dedican a los negocios iniciando sus carreras. *After the JD II*, *supra* nota 4.

Actualmente vemos el mismo argumento en un paquete diferente. A los potenciales estudiantes de derecho se les dice que si no van a ingresar a las mejores escuelas de derecho, es mejor no estudiar derecho. Es probable que incurran en mucha deuda y la misma, solo sea manejable y pagable si se accede a los trabajos más prestigiosos en el mundo corporativo. El llamado no es para que se niegue el acceso, sino para que las personas se consideren fuera de la posibilidad de adquirir los beneficios de un título de derecho o de la educación jurídica.

O el llamado es para que los estudiantes externos a la élite ingresen a escuelas, similares a las existentes en California, de menor costo que no impliquen adquirir una deuda muy grande. Este llamado es para la creación de mayores alternativas de bajo costo en todos lados. Los defensores de la retórica de la crisis (de nuevo) no tienen problema con las escuelas de élite, pero sugieren que las escuelas de más abajo en los rankings deben acortar el tiempo necesario para obtener un grado de abogado, reducir costos, restar énfasis a la investigación e incrementar las cargas de docencia. De hecho, las propuestas son tomar los 'dos hemisferios' de la profesión jurídica (los cuales he sugerido que son mucho más fluidos hoy que en el pasado) y convertirlos en categorías rígidas. El grado de abogado que es viable económicamente se obtiene en una escuela de derecho de segundo nivel diseñada para carreras profesionales de segundo nivel. Está diseñado para tomar las jerarquías actuales y convertirlas en un potencial sistema de castas.

La diferencia de hoy respecto a la década de 1930 en el mercado de las escuelas de derecho es que la competencia es central. No es fácil saber qué posición apoyar, si la elección es entre no acceder a la educación superior o acceder a través de grandes préstamos. La privatización y mercantilización de la educación jurídica en particular y la educación en general, ha llevado a aumentos en las matrículas y una desigualdad creciente en cuanto a los beneficios que se desprenden de la educación superior. Recordando de nuevo la respuesta en la década de 1930, traería a colación la posición de Francis Shea: "Parto de nuevo de la premisa, según la cual, la democracia implica la ausencia de una clase dominante que se autoperpetúa".⁹⁹

⁹⁹ Shea, *supra* nota 14, pág. 208.

Hay un riesgo en ingresar a la escuela de derecho y endeudarse mucho, pero aún no tenemos el nivel de incumplimiento en los pagos que muchos han temido por algún tiempo.¹⁰⁰ Además, puede darse el caso que aquellos que invierten en educación jurídica encontrarán que ellos –y muchos otros– encontrarán cada vez más planes de alivio de deuda. El gobierno tiene un interés en encontrar formas de hacer la educación superior accesible. Finalmente, decidir no invertir en educación jurídica puede ser, para muchos, una buena decisión económica, pero, por supuesto, previene la posibilidad de éxito que puede alcanzarse a través de esa educación jurídica. Es revelador encontrar la misma literatura y el mismo argumento cuando se habla sobre el valor de los pregrados.

En esta época de mayor competitividad las respuestas no son sencillas, existirán ganadores y perdedores, pero uno debe reconocer la lógica competitiva. El intercambio entre Brian Tamanaha y Erwin Chemerinsky en la Escuela de Derecho de Irvine- California es sugestivo. Tamanaha argumenta que Irvine debió haber creado una escuela de derecho de costos más bajos para ofrecer más alternativas.¹⁰¹ Chemerinsky pregunta por qué una nueva escuela de derecho no debe ser lo mejor que pueda ser, incluso, si eso implica una matrícula alta.¹⁰² Por razones entendibles, las escuelas de derecho no han rechazado los términos de la competencia de manera explícita triunfando al mismo tiempo. No hay evidencia que los estudiantes buscarán una escuela de ese tipo, o si existirán profesores que quieran estar en ella, o si los exalumnos deseen donar dinero a esa escuela y que la comunidad que apoya a la escuela –Orange County e Irvine– querrá invertir en una escuela diseñada para ser mediocre de acuerdo con los criterios bajo los cuales las escuelas de derecho son evaluadas.

¹⁰⁰ Nadie ha documentado todavía ningún aumento dramático por encima de las tasas muy bajas, aunque datos generales de las escuelas de derecho no son fáciles de encontrar. Veáse p. ej., Henderson y Zahorsky, *supra* nota 18.

¹⁰¹ Brian Tamanaha, *Why UC Irvine Went Wrong: Chasing Prestige at the Expense of Public Service* [Por qué la Universidad de California Irvine salió mal: Persiguiendo el prestigio a costa del servicio público], Balkinization (27 de agosto de 2012, 10:17 PM), <https://balkin.blogspot.com/2012/08/why-uc-irvine-went-wrong-chasing.html>.

¹⁰² Erwin Chemerinsky, *You Get What You Pay for in Legal Education* [En la educación jurídica, obtienes lo que pagas], *National Law Journal* [Revista Nacional de Derecho] (23 de julio de 2012), <https://www.law.com/nationallawjournal/almID/12025640551358/>.

En todo caso, la competencia eleva los costos de matrícula y de hecho afianza continuamente a las universidades que están en la cima de los *rankings* y debilita a aquellas incapaces de competir aumentando sus matrículas. Hoxby observa que la competencia lleva a más inversión en educación, pero también, a más diferenciación en los productos al interior del proceso competitivo.¹⁰³

Hace sentido esperar estas tendencias en la educación jurídica. Lo que no es claro es que los ganadores y perdedores en la competencia seguirán el *ranking* de U.S. News. La ubicación geográfica importa, así como, por ejemplo, la habilidad de recaudar fondos por parte de egresados. Las decisiones que toman las escuelas respecto de hacer determinadas inversiones, como contratar a determinados profesores o implementar algunos programas, también impactarán la posición de la universidad en la competencia. Podrá haber algunas estrategias que sirvan para catapultar a una escuela en los *rankings*, y también habrá formas en las cuales las escuelas se adapten si no son capaces de mantener su ubicación actual. Lo anterior, tal vez creando un nicho como una escuela enfocada solo en la docencia sin ningún tipo de actividades de investigación.

De manera interesante, esta historia es muy similar para los grandes despachos. Muchos de los mismos comentaristas hablaron del declive de Dewey & LeBoeuf, por ejemplo, sugiriendo que las firmas se habían vuelto avaras, y por ende, habían abandonado sus valores profesionales.¹⁰⁴ Como con los profesores de derecho, los críticos argumentan que los abogados deberían haber trabajado más duro y por menos dinero. Mucha avaricia y poco profesionalismo llevaban a problemas. No obstante, a pesar de lo moralmente atractiva que suene esa historia, existe poca evidencia de que la avaricia de los socios de las grandes firmas sea el motivo del incremento en la competencia en el mundo de los despachos, o que las propias firmas fueran responsables de haber creado rankings evaluadores y clasificadores.¹⁰⁵

¹⁰³ Hoxby, *supra* nota 78, pág. 20.

¹⁰⁴ Elizabeth G. Olson, *Dewey's Decline and the Rise of High-Risk Big Law* [El declive de Dewey y el auge de las grandes firmas jurídicas de alto riesgo], Fortune Management, CNN Money (15 de mayo de 2012, 12:19 PM), <https://fortune.com/2012/05/15/deweys-decline-and-the-rise-of-high-risk-big-law/>.

¹⁰⁵ *Id.*

El argumento no puede ser desarrollado en este texto, pero el mundo de las firmas jurídicas de élite cambió porque el mundo de los negocios que ellas atienden se tornó más competitivo.¹⁰⁶ Los abogados debían competir por negocios en lugar de contar con relaciones estables, y eso significaba que debían competir por las personas que podrían traer negocios al despacho. Las firmas de derecho corporativo son similares a las escuelas de derecho en el sentido de que la competencia no se trata exclusivamente sobre el precio.

Dewey & LeBoeuf continuaron compitiendo sin hacer descuentos, lo cual no atraería y mantendría a los clientes que buscaban, sino que contrataron *rainmakers* (literalmente en español “hacedores de lluvia”, son personas que traen clientes y negocios a la firma) y buscaron nuevos negocios y clientes. Con una combinación de demasiado riesgo y mala suerte, Dewey & LeBoeuf falló. Las escuelas de derecho que pueden fallar o sufrir grandes pérdidas pueden estar en la parte alta o baja de la pirámide de las escuelas, no obstante, al igual que muchas de las escuelas de derecho de élite, las firmas en los “círculos mágicos” parecen estar distanciándose cada vez más de aquellas que están en el siguiente escalón de más abajo.

La competencia es la principal característica de la educación jurídica y los mercados jurídicos actuales. Podemos esperar que en el futuro haya escuelas de derecho que se fusionen o transformen o incluso que fallen; justo como lo hemos visto con despachos corporativos y ONG. Pero la situación en general no está cambiando tan dramáticamente como los críticos dicen.

Las grandes firmas jurídicas, como un arreglo institucional de gran prominencia en la sociedad estadounidense (y global) no van a ser desechadas, incluso si algunas de ellas fracasan. Tampoco ocurrirá esto con las escuelas de derecho de EE.UU. Y de manera más importante, el título de abogado sigue siendo una opción atractiva para las personas ambiciosas e inteligentes en los Estados Unidos. El valor de este título no ha sido retado exitosamente en el curso de la historia estadounidense. La habilidad de estar en ambos lados de la discusión sobre las escuelas de derecho (y sobre otros innumerables temas de importancia social) sugiere que no debemos esperar que esa posición termine pronto.

¹⁰⁶ Veáse Yves Dezelay y Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue* [Tratando en virtud] (2012).

3. La Escuela de Derecho Virtual, 2.0*

A. Michael Froomkin**

* Traducción del inglés al español realizada por Karla Marcela Véliz del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami. Abogado por la facultad de derecho de la Universidad de Yale. M.Phil en Historia de las Relaciones Internacionales Cambridge University.

Hace poco más de veinte años di una charla en la asociación de escuelas de derecho de EE. UU. (Association of American Law Schools, en adelante: AALS) titulada *¿La Escuela de Derecho Virtual? O, ¿Cómo Internet descalificará al Profesorado y Convertirá su Escuela de Derecho en un Centro de Conferencias?*¹ Me acerqué al tema porque había estado trabajando en el derecho de internet, aprendiendo sobre los mundos virtuales y el comercio electrónico, y sobre el poder de las comunicaciones ‘uno a muchos’ (comunicaciones de un origen a múltiples destinos). Me pareció que mucho de lo que había aprendido se aplicaba a la educación en general y a la educación jurídica en particular.²

No sucedió, o al menos, no ha sucedido todavía. En este ensayo quiero revisitar mis predicciones de hace veinte años para ver porqué ha cambiado tan poco hasta ahora. La convulsión masiva a la que se vio sometida la enseñanza del derecho, a causa del distanciamiento social, necesario para evitar la transmisión del COVID-19, nos dio la oportunidad de replantearnos la forma de impartir la enseñanza del derecho. Después de discutir por qué mis predicciones no se manifestaron antes de 2020, argumentaré que, a menos que la pandemia pueda ser controlada, el mercado de la educación jurídica puede obligarnos a hacer algunos cambios radicales, nos gusten o no y, en general, mis predicciones anteriores estaban correctas, aunque eran prematuras.

¹ Association of American Law Schools [Asociación de Escuelas de Derecho de EE. UU.], Mini-Workshop on the Impact of Technology on Law and Legal Culture [Minitaller sobre el impacto de la tecnología en el derecho y la cultura jurídica], Sesión plenaria: *The Intersection of Law and Technology* [La intersección del derecho y la tecnología], *The Virtual Law School* [La escuela de derecho virtual], Washington, D.C. 6 de enero de 2000.

² Nunca escribí al respecto formalmente, sino que publiqué en línea lo que ahora me parecen unas diapositivas poco tecnológicas y que dan algo de vergüenza ajena. A. Michael Froomkin, *The Virtual Law School?* [¿La Escuela de Derecho Virtual?] <http://osaka.law.miami.edu/~froomkin/articles/aals/sld001.htm> (fecha de consulta: 27 de julio de 2022). *The Chronicle of Higher Education* [La Crónica de la Educación Superior] elaboró un breve resumen de la plática en Wendy R. Liebowitz, *Law Professors Told to Expect Competition From Virtual Learning* [A los profesores de derecho se les dijo que esperan competencia del aprendizaje virtual], *Chronicle of Higher Education* A45 (21 de enero de 2000).

Eso era entonces (Escuela de Derecho Virtual 1.0)

En el 2000, empecé mi charla con verdades duras que ya no son controversiales, pero quizás no eran del todo adecuadas para la gente respetable cuando la academia jurídica seguía siendo esclava de una mentalidad de crecimiento acelerado. En primer lugar, como sabemos ahora demasiado bien, la enseñanza del derecho es un negocio y, como tal, no puede escapar de las preocupaciones sobre los resultados finales. En segundo lugar, al menos en una escuela de derecho privada –que es donde me encontraba en ese entonces y todavía me encuentro– el derecho es solo una de las muchas “líneas de producto” de una universidad privada. En tercer lugar, al menos desde el punto de vista de la universidad, la escuela de derecho es un “centro de ganancias”.³ Y, en cuarto lugar, en lo que respecta a los negocios, las escuelas de derecho eran un negocio con grandes problemas estructurales.

³ El colapso de las aplicaciones a las escuelas de derecho que comenzó en 2011 y duró hasta alrededor de 2015 puso en duda esa última afirmación, un cambio que fue traumático tanto para las escuelas de derecho como para las universidades. Sobre los números de solicitantes véase *Archive: 2000-2015 ABA End-of-Year Summaries—Applicants, Admitted Applicants & Applications* [Archivo: Resúmenes de fin de año de la ABA 2000-2015: solicitantes, solicitantes admitidos y solicitudes], *Law School Admission Council* [Consejo de Admisión de la Escuela de Derecho] (fecha de consulta: 23 de junio de 2020), <https://www.lsac.org/archive-2000-2015-aba-end-year-summaries-applicants-admitted-applicants-applications> (muestra una disminución en los solicitantes de la ABA del 10.7% en 2011, 13.5% en 2012 y 12.4% en 2013); Ethan Bronner, *Law Schools’ Applications Fall as Costs Rise and Jobs Are Cut* [Las solicitudes a las escuelas de derecho caen a medida que aumentan los costos y se reducen los puestos de trabajo], *New York Times* (30 de enero de 2013), <https://www.nytimes.com/2013/01/31/education/law-schools-applications-fall-as-costs-rise-and-jobs-are-cut.html> (recalca que en 2013 “las solicitudes para la escuela de derecho se dirigen al nivel más bajo de los últimos 30 años”). Para un argumento contemporáneo a la caída de las matrículas según el cual el descenso de las solicitudes en las escuelas de derecho podría o debería fomentar el crecimiento de las alternativas en línea que gozan de economías de escala, véase David R. Barnhizer, *Redesigning the American Law School* [Rediseñando la escuela de derecho estadounidense], 2010 *Michigan State Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad Estatal de Michigan]. 249, 295-302 (2010).

Incluso en el 2000 era evidente que los costos estaban aumentando peligrosamente. Las matrículas de las escuelas de derecho subían cada año.⁴ El estudiantado empezaba a sufrir un shock de precios, y se graduaban con niveles de deuda cada vez más altos.⁵ De hecho, por primera vez, las escuelas de derecho empezaron a experimentar cierta resistencia de los clientes en cuanto al precio, lo que estaba llevando a una competencia de descuentos entre ellas, principalmente en forma de becas por méritos y otros apoyos financieros.⁶ Mientras tanto, la actitud del alumnado hacia las instituciones educativas estaba cambiando, lo cual llevó al surgimiento de lo que se denominó la “mentalidad del consumidor” en lugar de la “mentalidad del estudiante”.⁷ Y el

⁴ Data from the 2013 Annual Questionnaire ABA Approved Law School Tuition History Data [Datos del historial de matrículas de las escuelas de derecho aprobadas por la ABA] (2013), <http://online.wsj.com/public/resources/documents/abatuition.pdf> (muestra que la matrícula promedio de las escuelas de derecho (excluyendo los gastos de manutención y otros) aumentó de \$2,006 a \$7,790 dólares entre 1985 y 2000; mientras que la matrícula promedio de las escuelas de derecho públicas no residentes aumentó de \$4,724 a \$15,683 dólares; y la matrícula promedio de las escuelas de derecho privadas aumentó de \$7,526 a \$21,790). Todos estos aumentos superaron ampliamente la tasa de inflación, que fue del 60% en ese periodo.

⁵ John A. Sebert, *The Cost and Financing of Legal Education* [El costo y financiamiento de la educación jurídica], 52 *Journal of Legal Education* [Revista de la Educación Jurídica] 516, 521-22 (2002) (muestra que “entre 1990-91 y 1999-2000 hubo un drástico aumento en la cantidad anual de préstamos de los estudiantes de derecho”).

⁶ Id., pág. 524 (afirma que el drástico aumento de los gastos de las escuelas de derecho en la década de 1990 se debió “a la competencia de las escuelas de derecho por estudiantes”). Los datos sobre el descuento a partir de 2001 pueden encontrarse en Matt Leichter, *Law School Cost Data* [Datos sobre el costo de las escuelas de derecho], *Last Gen X American* [El último estadounidense de la Generación X], <https://lawschooltuitionbubble.wordpress.com/original-research-updated/the-lstb-data/> (30 de octubre de 2015, 8:33 PM). Aunque los descuentos aumentaron en la década posterior al 2000, el aumento ya era significativo.

⁷ Joanna Williams, *Constructing Consumption: What Media Representations Reveal About Today's Students* [La construcción del consumo: Lo que las representaciones de los medios revelan sobre los estudiantes de hoy], en *The Marketisation of Higher Education and the Student as Consumer* [La mercantilización de la educación superior y el estudiante como consumidor] 171-72 (Mike Molesworth et al., eds., 2010) (señala que desde la década de 1950 el “propósito instrumental de la utilidad económica ... ha llegado a dominar la educación superior” y que “como resultado, el objetivo de muchos estudiantes se convierte en la obtención del resultado, un título, en lugar de un compromiso pleno con el proceso de aprendizaje”); Elizabeth Adamo Usman, *Nurturing Law Student's Soul: Why Law Schools Are Still Struggling to Teach Professionalism and How to Do Better in an Age of Consumerism* [Alimentar el alma del estudiante de derecho: Por qué las escuelas de derecho siguen luchando por enseñar profesionalismo y cómo hacerlo mejor en la era

estudiantado, desde Harvard en adelante, comenzó a quejarse de la hostilidad y la falta de amabilidad que percibían en muchas escuelas de derecho, lo que las llevó a implementar cambios para hacer más placentera la experiencia estudiantil.⁸

Las escuelas de derecho también sentían la presión del otro lado, de los empleadores del sector jurídico. La publicación del Informe MacCrate en 1992 inauguró una nueva era en la que los empleadores y los clínicos se centraban en la formación de habilidades en contraposición a los cursos doctrinales tradicionales.⁹ Independientemente de sus méritos, una cosa estaba clara sobre la mayoría de los cursos de formación de habilidades: eran más caros y requerían una mayor proporción de instructores por estudiante que la enseñanza ordinaria. Así que, mientras los estudiantes se quejaban de los costos, el mercado aumentaba los gastos.

del consumismo], 99 *Marquette Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Marquette] 1021, 1038-40 (2016) (observa que la generación nacida entre 1981 y 1995 "ha sido descrita como 'consumidores natos'" y discute la manifestación de esta mentalidad en el entorno de la escuela de derecho). Hoy en día esa mentalidad es básicamente un hecho, véase, p. ej., Debra Moss Vollweiler, *Law School as a Consumer Product: Beat 'em or Join 'em* [La escuela de derecho como un producto de consumo: Véncelos o únete a ellos], 40 *Pace Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad Pace] 1 (2020).

⁸ Véase Kevin K. Washburn, *Elena Kagan and the Miracle at Harvard* [Elena Kagan y el Milagro en Harvard], 61 *Journal of Legal Education* [Revista de la Educación Jurídica] 67, 69 (2011) (describe cómo la decana de Derecho, Elena Kagan, logró una "transformación fundamental de la cultura de Harvard" al hacer la escuela "una comunidad académica sana y constructiva").

⁹ABA Section on Legal Education & Admissions to the Bar [Sección de la ABA sobre Educación Jurídica y Admisión a la Barra], *Statement of Fundamental Lawyering Skills and Professional Values* [Declaración de Habilidades Fundamentales de la Abogacía y Valores Profesionales] (1992) [en adelante "Informe MacCrate"]; Russel Engler, *The MacCrate Report Turns 10: Assessing Its Impact and Identifying Gaps We Should Seek to Narrow* [El informe MacCrate cumple 10 años: Evaluación de su impacto e identificación de las lagunas que debemos tratar de reducir], 8 *Clinical Law Review* [Revista de Clínica Jurídica] 109, 123 (2001-2002) (describe el impacto del informe MacCrate, afirmando específicamente que, "en la primavera de 1993, la mayoría de los decanos que respondieron a una encuesta de la Asociación de Escuelas de Derecho de EE. UU. informaron que sus escuelas ya habían discutido el informe o estaban planeando hacerlo en relación con una revisión de sus planes de estudio").

El aprendizaje a distancia parecía ser una respuesta. En 1889, William Sprague inició el primer curso de derecho comercial por correspondencia en Estados Unidos¹⁰ y la tecnología no cambió mucho hasta pasada la mitad del siglo veinte: “La primera generación de educación a distancia fue el estudio por correspondencia basado en material impreso, y el material impreso continuó siendo el medio predominante para la educación a distancia hasta principios de la década de 1970”.¹¹ La Universidad de Londres ofreció títulos de derecho a distancia a partir de finales del siglo diecinueve,¹² en 1985, derecho era su asignatura “externa” más popular.¹³

Para el año 2000, el aprendizaje a distancia a través de cintas, CD, DVD, televisión e incluso internet estaba cada vez más extendida en la educación superior. La Universidad Abierta en el Reino Unido empezó a impartir clases de derecho a través de videocasetes en 1998.¹⁴ En Estados Unidos, muchos programas universitarios ofrecían algunos cursos a distancia y la Universidad Western Governors se comercializaba como “Virtual U” (Universidad Virtual).¹⁵ La escuela de educación continua de la Universi-

¹⁰ Para un relato con mucho ánimo, véase Bernard Hibbitts, *Missionary Man: William Sprague and the Correspondence Law School* [El hombre misionero: William Sprague y la escuela de derecho por correspondencia], *Legal History Blog* [Blog de Historia Jurídica] (26 de febrero de 2014, 7:00 AM), <https://legalhistoryblog.blogspot.com/2014/02/missionary-man-william-sprague-and.html>.

¹¹ Monica W Tracey & Rita C. Richey, *The Evolution of Distance Education* [La evolución de la educación a distancia], 2 *Distance Learning* [Aprendizaje a distancia] 17, 17 (2005).

¹² George W. Keeton, *University College, London and the Law* [Universidad College, Londres y Derecho], 51 *The Juridical Review* 118 (1939).

¹³ William L. Twining, *Laws* [Las leyes] en *University of London and the World of Learning* [Universidad de Londres y el Mundo del Aprendizaje], 1836-1986 págs. 81, 102-03 (F. M. L. Thompson, ed. 1990).

¹⁴ Escuela de Derecho de la Universidad Abierta, *20 years of teaching law at The Open University* [20 años de enseñar derecho en la Universidad Abierta], <http://law-school.open.ac.uk/overview/about-school/celebrating-20-years> (fecha de consulta: 24 de julio de 2020).

¹⁵ Douglas Johnstone, *The Rise of Western Governors University* [El ascenso de la Universidad Western Governors], 1996-2006 19 (2006) (describe cómo los miembros de la Asociación Western Governors imaginaron una “Universidad virtual diseñada específicamente para que los estudiantes tuvieran éxito en el mundo laboral”); Rachel F. Moran, *Diversity, Distance, and the Delivery of Higher Education* [Diversidad, distancia y educación superior], 59 *Ohio State Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad Estatal de Ohio] 775, 782 (1998) (describe cómo los fundadores de la Universidad Western Governors “esperaban que esta “Virtual U” proporcionara un medio de bajo costo para satisfacer la creciente demanda de educación superior”).

dad de Nueva York dio a conocer lo que llamó una “universidad virtual”.¹⁶ Y la Escuela de Derecho de la Universidad Concord, creada por Kaplan, Inc., ofrecía el título en derecho solamente en línea, aunque con una selección de cursos que distaba mucho de ser completa, y sin la acreditación de la American Bar Association (ABA).¹⁷

Pocas escuelas de derecho acreditadas fueron tan lejos, pero muchas estaban aprovechando los recursos en línea para mejorar sus programas, ya fuera publicando planes de estudio en línea, utilizando el correo electrónico y las salas de chat, como una extensión del aula, o conectando otros campus con los principales campus para la participación a distancia. Y por supuesto, otros y yo dábamos clases sobre internet.

Algunos pioneros de las escuelas de derecho llevaron las cosas más lejos, por ejemplo, ofreciendo el mismo curso en varias escuelas a la vez. Peter Martin impartía un curso de derechos de autor en cuatro escuelas de derecho simultáneamente.¹⁸ Pero los primeros intentos de compartir la oferta curricular se toparon con una serie de problemas. Por ejemplo, las escuelas de derecho utilizan calendarios diferentes y emplean prácticas de evaluación distintas, lo que dificulta la elaboración de métodos de evaluación uniformes.

¹⁶ *History* [Historia], Escuela de Estudios Profesionales de la Universidad de Nueva York, (fecha de consulta: 17 de junio de 2020), (describe cómo, en la década de 1990, la Escuela de Educación Continua de la Universidad de Nueva York “continuó liderando la exploración del aprendizaje virtual y basado en internet con la creación de la Universidad Virtual”).

¹⁷ *About Concord Law School at Purdue University Global* [Acerca de la Escuela de Derecho Concord de la Universidad Purdue Global], Escuela de Derecho Concord (fecha de consulta 6 de junio de 2020) (“Fundada en 1998, Concord fue la primera escuela de derecho de Estados Unidos en ofrecer a los estudiantes un programa tradicional de derecho en línea”). Para una visión muy optimista de los esfuerzos Concord, véase Robert E. Oliphant, *Will Internet Driven Concord University Law School Revolutionize Traditional Law School Teaching?* [¿La escuela de derecho de la Universidad Concord impulsada por Internet revolucionará la enseñanza tradicional de la escuela de derecho? 27 *William Mitchell Law Review* [Revista de Derecho William Mitchell] 841 (2000).

¹⁸ Véase Peter W. Martin, *Distance Learning—The LII's Experience and Future Plans* [Aprendizaje a distancia: la experiencia y los planes futuros del Instituto de Información Jurídica y], Escuela de Derecho de Cornell (Diciembre 1999) <https://www.law.cornell.edu/background/distance/liidistance.htm>. (se habla de cómo Peter Martin, profesor de Cornell, impartió “un curso de aprendizaje a distancia a estudiantes inscritos en cuatro escuelas participantes” a finales de la década de 1990).

A pesar de estos primeros problemas, el movimiento hacia la enseñanza en línea me pareció destinado a acelerarse. Uno necesitaba —yo pensaba— hacer solo dos suposiciones: la primera, que la tecnología seguiría mejorando rápidamente (lo que efectivamente ocurrió con el *hardware*, aunque no tanto con el *software*), y la segunda, que por mucho tiempo la ABA sería incapaz de interponerse en el camino.

Existían varias razones para dudar de la capacidad de la ABA para frenar la marea del aprendizaje a distancia. Las normas de acreditación de la ABA, que durante casi un siglo prohibieron las escuelas de derecho basadas en cursos por correspondencia,¹⁹ empezaban a cambiar.²⁰ Tampoco hay que pasar por alto que uno de los impulsos originales de la campaña de la ABA contra los cursos por correspondencia era mantener a las masas indeseables —judíos e inmigrantes— fuera de la profesión:

A principios y mediados del siglo veinte, los esfuerzos de la ABA por controlar la acreditación y su insistencia en elevar continuamente los estándares estaban arraigados en su deseo de excluir a los “chicos judíos”, los inmigrantes, los hijos de inmigrantes y la clase baja. El registro relacionado con los debates sobre los estándares y la acreditación de las escuelas de derecho durante ese período está repleto de comentarios descarados de los líderes de la barra sobre su deseo de man-

¹⁹ Véase, p. ej., *ABA, Standards for Approval of Law Schools* [Normas para la Aprobación de las Escuelas de Derecho] § 304(g) (2001), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/standardsarchive/2001_2002_standards.pdf (“Una escuela de derecho no otorgará crédito por estudios por correspondencia” [en adelante Normas ABA 2002] Cf. Catherine Arcabascio, *The Use of Video-Conferencing Technology in Legal Education: A Practical Guide* [El uso de la tecnología de videoconferencia en la educación jurídica: una guía práctica], 6 *Virginia Journal of Law and Technology* [Revista de Derecho y Tecnología de Virginia] 5, 12 (2001) (“Los partidarios de la educación a distancia no han tenido un camino fácil. Los problemas encontrados se deben en gran parte al formato original de los cursos por correspondencia... Durante más de treinta años se ha mantenido un debate sobre el valor y la integridad de la educación a distancia en su forma asincrónica”).

²⁰ Arcabascio, *supra* nota 19, en 19–20 (habla de cómo “la ABA estaba haciendo todo lo posible para mantenerse al día con los cambiantes panoramas tecnológicos” mediante la implementación de guías de orientación especiales “para las escuelas que deseen ‘experimentar’ con nuevos métodos de educación a distancia”).

tener la profesión jurídica como un bastión de las familias privilegiadas “del antiguo Estados Unidos”.²¹

En contraste, a finales del siglo veinte, el internet parecía dispuesto a abrir el acceso a todo. Las normas de acreditación de la ABA, que seguían siendo elitistas, aunque ya no intolerantes,²² tenían ahora un extraño parecido con una violación antimonopolio.²³ De cara al futuro, parecía posible imaginar un modelo de enseñanza del derecho radicalmente diferente. ¿Quizá la enseñanza del derecho podría replantearse al estilo de internet? La aprobación por parte de la ABA de las instituciones que otorgan títulos, que asumían la responsabilidad de la mayor parte de la enseñanza y del establecimiento de los requisitos para la obtención de títulos, podría ser complementada o incluso suplantada por escuelas de derecho que impartieran poca o ninguna enseñanza por su cuenta, pero en su lugar, hicieron que los estudiantes combinaran cursos impartidos por escuelas acreditadas tradicionalmente. El organismo encargado de otorgar el título fijaría el número de créditos requeridos para la obtención del título en derecho, y quizás establecería algunos requisitos de distribución y normas sobre cuáles cursos, o qué cursos de determinada escuela, contaría. Los estudiantes elaborarían sus propias listas de cursos, eligiendo entre los mejores ofertados en todo el país.

²¹ Marina Lao, *Discrediting Accreditation?: Antitrust and Legal Education* [¿Desprestigiando la acreditación? Educación jurídica y antimonopolio], 79 Revista de Derecho de la Universidad de Washington 1035, 1088-89 (2001).

²² *Id.* págs. 1097-98.

²³ Véase el caso Estados Unidos contra ABA, 934 Federal Supplement 435 (Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia 1996); Comunicado de prensa, Departamento de Justicia, *Justice Department and American Bar Association Resolve Charges That the ABA's Process for Accrediting Law Schools was Misused* [El Departamento de Justicia y la ABA resuelven las acusaciones de que el proceso de acreditación de las escuelas de derecho fue mal utilizado]. Departamento de Justicia (27 de junio de 1995) (habla de cómo la División Antimonopolio del Departamento de Justicia presentó una demanda, que luego se resolvió vía acuerdo, “alegando que ABA utilizó su poder como agencia de acreditación de las escuelas de derecho para proteger los intereses económicos y las condiciones de trabajo de las escuelas de derecho” Véase también Denise Rothbardt, Note, *ABA Accreditation: Educational Standards and Its Focus on Output Requirements* [Acreditación de la ABA: Estándares educativos y su enfoque en los requisitos de salida] , 2 *Journal of Gender, Race & Justice* [Revista de Género, Raza y Justicia] 461, 463 (1999) (argumenta que “la ABA debería haber sido sancionada por violar las leyes antimonopolio”).

Dependiendo del modelo nacional, las calificaciones podrían ser tarea de la institución que imparte los cursos, o seguir siendo tarea de la institución otorgante del título. Cualquiera de los dos escenarios ofrece espacio para el juego. “Legal Ed R Us”, un ejemplo ficticio, podría competir ofreciendo calificaciones fáciles. La “Quality U”, otro ejemplo ficticio, podría hacer hincapié en sus rigurosos estándares. La carrera hacia la cima o hacia el fondo, o ambas cosas a la vez, sería un espectáculo para ver y podría mantener a los investigadores ocupados durante años.

Mencioné la posibilidad de la educación personalizada y combinada (“elige y mezcla”) sobre todo en caso de que necesitara asustar a la audiencia de la AALS para que volviera a estar despierta. Dicho esto, la idea encajaba con lo que parecía la economía emergente de la educación virtual en general, pensé que estaba claro en ese momento que ni la ABA, ni ninguna parte del establecimiento legal tenía apetito por algo tan libertario (curiosamente, los emprendedores jurídicos modernos están avanzando lentamente hacia esa dirección).²⁴

En cambio, la verdadera cuestión parecía ser cómo los educadores jurídicos (no limitado a las escuelas de derecho) podrían impartir educación con la nueva tecnología. La distinción económica y práctica clave era decidir si la clase sería sincrónica –es decir, en directo- o asincrónica, es decir, en disco (el internet era demasiado lento para la distribución masiva de vídeo en aquellos días). Las clases sincrónicas, también llamadas a distancia, no eran nada revolucionarias. Resultaba valioso poner cursos menos comunes, por ejemplo, sobre contratación pública federal, a disposición de los estudiantes especialmente interesados de todo el país. Pero, aunque el hecho de compartir cursos podría aumentar la satisfacción de los estudiantes, también implicaría cierta transferencia de ingresos hacia las escuelas con listas de cursos más grandes, los cursos especializados en línea apenas parecían transformadores.

²⁴ Véase infra texto que acompaña las notas 159-162 (describiendo iLaw); véase además Mihnea Moldoveanu, *How Our Response to COVID-19 Will Remake Higher Ed* [Cómo nuestra respuesta al COVID-19 va a remodelar la educación superior], Harvard Business Publishing Education (2 de julio de 2020), <https://hbsp.harvard.edu/inspiring-minds/how-our-response-to-covid-19-will-remake-higher-ed> (describe el “fideicomiso de certificación” de la educación superior digital).

El gran ahorro, y los cambios potencialmente dramáticos, tanto para las escuelas de derecho como para los estudiantes, solamente se materializarían si todos los cursos, al menos, muchos cursos, o una fracción significativa de muchos cursos, pudieran ser grabados y reutilizados, idealmente durante más de un año académico, es lo que llamé: “La Escuela de Derecho Virtual”.

En ese momento, la enseñanza del derecho empezaría a entrar en el territorio de la economía del *software*.²⁵ Para lograrlo, pensé que se necesitaría de un material didáctico en línea radicalmente nuevo, algo mucho más innovador que las mismas clases de siempre en un disco. Del mismo modo, la mejora de los libros de casos con hipervínculos al texto completo de los casos y materiales, aunque útil, tampoco parecía especialmente transformador.

Yo sostenía que, dado que este nuevo material didáctico de calidad, básicamente no existía, alguien tendría que experimentar para crearlo. En consecuencia, los costos fijos de organizar una buena clase asincrónica eran mucho más elevados de lo que esperaban la mayoría de los neófitos. Al igual que la televisión no es la radio con imágenes, una clase de derecho virtual no es simplemente una clase normal impartida en línea. Sin embargo, una vez que se tuviera el material didáctico en línea, los costos marginales de impartir tres o cuatro créditos de educación jurídica a un estudiante de derecho podrían volverse muy bajos de repente.

Pero, al menos en el año 2000, centrarse en el potencial de un costo marginal ultrabajo era pasar por alto la gran condición previa. La educación virtual solo podía tener éxito si ofrecía un producto atractivo. Los valores de producción serían importantes. También lo serían las ventajas de ser el primero en llegar. En muchas industrias de *software* y en línea, un pionero capaz de establecer una posición de cierta prominencia a menudo era capaz de apalancarse en el dominio tanto por el establecimiento de normas técnicas como por el aprovechamiento de los efectos de la red.

²⁵ Cf. J. Bradford DeLong & A. Michael Froomkin, *Speculative Microeconomics for Tomorrow's Economy* [Microeconomía especulativa para la economía del futuro] en Internet Publishing and Beyond: The Economics of Digital Information and Intellectual Property [Publicación en Internet y más allá: La economía de la información digital y la propiedad intelectual] 6 (Brian Kahin & Hal Varian, eds., 2000).

La desventaja de ser pionero es que cuesta. Y mientras que empresas como Microsoft o Adobe (y, más recientemente, Uber) estaban dispuestas y eran capaces de recaudar grandes sumas de los inversores y gastar profusamente para comprar cuota de mercado, esa opción no parecía estar disponible para las escuelas de derecho. No solamente el potencial de beneficios era mucho más limitado, sino que las escuelas de derecho están concebidas de otra forma.²⁶

Además, el objetivo de bajo costo marginal era en sí, muy sensible a la forma en que se imaginaba la estructuración de un curso. Cuanto más se configure el curso como “uno a muchos” –lo que en la enseñanza del derecho significaría predominantemente la cátedra tradicional, no seminarios o enseñanza “Socrática”–, más se podría ahorrar en costos. De hecho, en la medida en que los cursos puedan ser clonados o reciclados, los proveedores de educación jurídica podrían esperar ahorrar no solo en los costos de los estudiantes marginales, sino también en el costo marginal de los profesores.

Sin embargo, históricamente, una de las características y de los puntos fuertes de las escuelas de derecho es la participación de los estudiantes en el aula, tanto de buena gana como a veces de mala gana. Si los creadores de una Escuela de Derecho Virtual quisieran reproducir el método Socrático, o incluso el trabajo iterativo a través de problemas y ejercicios fijos, se necesitaría algo más que la cátedra tradicional “uno a muchos”.

Una posibilidad sería que los estudiantes trabajaran entre sí. Para un proveedor, el costo del chat estudiante a estudiante, ya sea en parejas o en cualquier número, era esencialmente cero. Pero está lejos de ser obvio que es una buena pedagogía, sobre todo si el grupo en su conjunto sufre algún malentendido creado quizás por un giro desafortunado en el contenido preempacado. Tal vez el debate seguido de la revelación de la respuesta correcta podría ayudar a los estudiantes a descubrir qué hicieron mal y porqué, pero en mi experiencia el número de formas en que los estudiantes de derecho pueden retorcer una hipótesis jurídica supera ampliamente la capacidad de uno para anticipar todos los giros que pueden tomar.

²⁶ El esfuerzo que aún se requiere para cambiar esa forma de pensar es evidente en los debates del blog de Legal Evolution [Evolución legal], <https://www.legalevolution.org/>

La respuesta parecía obvia, aunque socavaba el objetivo de costo marginal cero. Lo que necesitaría una clase de derecho en disco eran... profesores auxiliares locales. El resultado sería algo parecido a la enseñanza universitaria masiva, en la que en los cursos grandes, el profesor imparte las clases y los estudiantes de posgrado o los instructores dirigen las secciones de trabajo. La diferencia, , sería que en lugar de proporcionar tanto el profesor como los líderes de las discusiones, los proveedores de educación jurídica en la era de la Escuela de Derecho Virtual podrían ofrecer a los estudiantes clases que fueran una mezcla de material didáctico virtual de renombre diseñados en otro lugar –digamos, Yale o Harvard– con talento local dirigiendo secciones de discusión, ejercicios, y calificando exámenes.

De hecho, la Escuela de Derecho de Harvard ya había mostrado cómo podría ser este futuro. En diciembre de 1998, siete miembros del profesorado dieron a conocer “el desarrollo de un nuevo conjunto de materiales didácticos basados en la informática, diseñados (principalmente) para la enseñanza de los estudiantes de primer año de derecho”²⁷ y patrocinados por Lexis-Nexis. Los autores del material, llamado “The Bridge”, prometieron que “al menos hasta el 31 de diciembre de 1999, no se cobrará por el acceso a ninguno de los módulos”²⁸.

Hay que destacar varias implicaciones de este modelo de material didáctico en línea con profesorado auxiliar. La primera es que socava el objetivo de costo marginal cero, ya que el total de horas de contacto del profesorado auxiliar variará necesariamente en función del número de estudiantes, además, las secciones podrían ser ineficaces, a menos que su tamaño se limite a un número determinado, aunque exactamente cuál podría ser ese número, podría suscitar un interesante debate.

La segunda implicación es que una vez que el proveedor de formación jurídica elige un material didáctico concreto (en el 2000 ofrecí “Arthur Miller en un disco”, como ejemplo para el

²⁷ Citado en Michael S. Ariens, *Law School Branding and the Future of Legal Education* [La marca de las escuelas de derecho y el futuro de la formación jurídica], 34 St. Mary's Law Journal [Revista de Derecho de la Universidad de St. Mary] 301, 305 (2003).

²⁸ *Id.*

procedimiento civil)²⁹, muchas de las decisiones clave intelectuales sobre cómo enseñar el curso probablemente no estaría en manos del profesorado local. Tal vez el profesorado local podría elegir entre los cursos que compiten entre sí; tal vez esa elección se convertiría en una decisión decanal o de un comité.

En cualquier caso, las personas que desempeñaran el papel de profesorado auxiliar tendrían un papel muy reducido en la definición de la agenda intelectual, en comparación con el profesorado actual de la escuela de derecho, que normalmente goza de total libertad académica para estructurar un curso de derecho como desee, sujeto quizás solo en algunas asignaturas a las gentiles y lejanas limitaciones impuestas por el examen de la barra. Siempre es posible “enseñar en contra del libro”, pero es un trabajo duro y a menudo no termina bien. Y, en la medida en que los profesores auxiliares se conviertan, con el tiempo, en verdaderos profesores auxiliares, la presión económica tenderá a empujar en la dirección de la contratación de empleados sin plaza fija para este rol –menos costosos y menos propensos a quejarse del contenido de los cursos–.

Así, con el tiempo, las instituciones de este futuro imaginario descalificarían a su profesorado. Pero no todas las implicaciones eran sombrías. Cuanto más se proporcionara la educación jurídica por medios electrónicos, más podrían los proveedores de educación jurídica ofrecer sus servicios sin las limitaciones impuestas por la geografía. Los estudiantes y profesionales extranjeros, por ejemplo, podrían asistir desde sus países de origen, ahorrando en gastos de viaje y otros aspectos, y encontrarían que su experiencia educativa virtual se asemeja más a la de los estudiantes de derecho locales.

²⁹ En aquel momento, Arthur Miller se había ofrecido a grabar sus clases para todas las personas en la Escuela de Derecho Concord virtual, sin pedir permiso a Harvard. Véase Leibowitz, *supra* nota 2. El profesor Miller argumentó que, dado que solo estaba grabando las clases, no estaba realmente “enseñando” en otra escuela de derecho. Daniel C. Powell, *Five Recommendations to Law Schools Offering Legal Instruction Over the Internet* [Cinco recomendaciones a las escuelas de derecho que ofrecen formación jurídica por internet], 11 *Journal of Technology Law & Policy* [Revista de Derecho y Política Tecnológica] 285, 287 (2006).

Más radicalmente, si la enseñanza basada en material didáctico virtual realmente despegara, entonces muchos aspectos de la organización de las escuelas de derecho estarían listos para ser repensados. Por ejemplo, si el costo marginal de un estudiante más, es bajo (¡o cero!), ¿por qué no admitir muchos más estudiantes? Del mismo modo, ¿por qué no ofrecer todos los cursos de derecho para los créditos de *Continuing Legal Education* (Formación Jurídica Continua, obligatoria en algunos estados de Estados Unidos)? Otra docena de suscriptores de abogados no causará mucha diferencia. De hecho, ¿por qué limitar los cursos a los estudiantes de derecho admitidos?, ¿por qué no invitar al público interesado a seguirlos también? La educación jurídica podría, quizás, democratizarse radicalmente. Por supuesto, la reducción o eliminación de los estándares de admisión pondría mucho más peso en los exámenes como mecanismo de filtrado y acreditación, también, podría requerir la modernización del examen de la barra. Pero si estamos soñando, ¿por qué soñar en pequeño?

Considerando este escenario, hice algunas modestas predicciones:

- Habrá una carrera para establecer nuevos nombres de marca para el nuevo material didáctico virtual, y para los conjuntos de cursos (por ejemplo, clases integradas de primer año diseñadas para trabajar juntas, o un paquete de ofertas de derecho y economía). Esta predicción resultó ser una de las más acertadas, como se explica a continuación.³⁰
- La prisa por establecer ventajas para los pioneros creará un sistema de estrellas en el que algunos profesores serán promocionados en gran medida por su escuela de derecho, o por la filial encargada de la educación virtual o por el socio de su escuela de derecho, tanto para atraer más adopciones como para ahuyentar a los competidores. A causa de los elevados costos fijos iniciales, que incluyen los nuevos materiales didácticos virtuales y el personal capacitado para su funcionamiento,³¹ el lado de la oferta de los materiales didácticos funcionará como el mercado de los libros de casos, en el que la parte de

³⁰ Véase *infra* texto en las notas 163 y 173-182.

³¹ Véase *infra* pág. 14.

la escritura consume el tiempo de los profesores y tal vez de los asistentes estudiantiles, pero la producción utiliza editores y tecnología establecidos, ya sea la impresión o el PDF; en su lugar, los pioneros necesitarán un hardware y un software inicialmente caro y a veces experimentales, así como personas formadas para gestionarlos e instruir a otros en su uso.

- A la inversa, los abogados sin cargos en las escuelas de derecho tendrán más facilidades para enseñar, ya sea publicando su propio material didáctico en línea independiente o asumiendo el rol de profesores auxiliares para paquetes establecidos.
- El profesorado con plaza fija y con contrato indefinido se verá atrapado en medio: la demanda por sus servicios disminuirá (véase la “descalificación” mencionada más arriba).
- Los cursos comunes, especialmente los de primer año, serán más mercantilizados.
- Los servicios de enseñanza jurídica, en general, se asemejarán más a un mercado nacional desagregado, donde los estudiantes comprarán cursos de un amplio catálogo, en lugar de estar atados a la oferta de una única escuela de derecho.³² Todos los estudiantes de todas las escuelas de derecho que se adapten a la virtualidad podrán realizar una amplia variedad de cursos especializados, aunque nadie esté familiarizado con el tema a nivel local.
- La marca o renombre de los cursos virtuales tendrá otras consecuencias. El Instituto Tecnológico de Massachusetts, que cuenta con ventajas de reputación en el ámbito de la ingeniería, se planteó entonces comercializar sus ofertas virtuales a un gran número de aspirantes rechazados. De lo contrario, temía tener que competir con otras escuelas de ingeniería en

³² Consideré que esto es más modesto que la idea de un sistema radicalmente descentralizado compuesto únicamente por instituciones acreditadoras, los organismos que otorgan títulos, que no impartían enseñanza propia, sino que solo acreditaban y ‘empaquetaban’ la enseñanza proporcionada por otros. En ese escenario, los organismos que otorgan títulos naturalizarían los cursos creados por otras escuelas de alguna manera, o los organismos tratarían los créditos de las otras escuelas como créditos transferidos. Véase *infra* texto en la nota 36.

cuanto al precio, sobre todo para los cursos introductorios. Si esto despegara en ingeniería, predijo, la misma dinámica acabaría apareciendo en las escuelas de derecho. Supongamos, por ejemplo, que la Escuela de Derecho de Harvard consigue publicar un conjunto de cursos virtuales muy populares. ¿Por qué iba a permitir Harvard que otras escuelas de derecho ofrecieran esos cursos virtuales a los estudiantes rechazados de Harvard, cuando podría crear un campus virtual y encargarse de su formación?

- El derecho extranjero y el derecho comparado serán impartidos por expertos que viven en el extranjero. Dados los peligros de malentendidos interculturales entre profesores y estudiantes, los profesionales formados en Estados Unidos que viven en el extranjero podrían tener una ventaja especial en este segmento del mercado.
- Dicho esto, es posible que el número de extranjeros que desean estudiar la maestría en derecho en Estados Unidos no disminuya, aunque aumente la demanda de formación virtual en derecho estadounidense. Vivir en el extranjero tiene sus atractivos, y la experiencia de vivir en una cultura te enseña más que cualquier conjunto de cursos virtuales.

Así, en el 2000 dije una sala, ahora llena de profesores de derecho algo ansiosos, que la “gran pregunta” era: “A medida que las nuevas tecnologías se extienden en la sociedad, ¿cuánto de lo que hacen, o *deberían* hacer, las escuelas de derecho seguirá requiriendo a la escuela de derecho en el sentido tradicional de ladrillos, mortero, un cuadrángulo y una facultad cubierta de hiedra?”.

Y, añadí, que la “pregunta REALMENTE grande” era: “¿Qué le hará esto a mi escuela de derecho?”.

También, tenía algunas predicciones para eso. Pensaba que la respuesta variaría según el tipo de escuela de derecho. Básicamente, argumenté que las escuelas de derecho podrían dividirse en cuatro grupos: (1) escuelas de élite; (2) escuelas estatales; (3) proveedores de bajo costo; y (4) perdedores.

Las instituciones de élite, de renombre, serían las grandes ganadoras. Tenían el dinero para desarrollar nuevos materiales di-

dácticos en línea y comercializarlos a todos. Además, gracias a esta nueva fuente de ingresos, ni siquiera tendrían que utilizar los materiales virtuales para sus propios alumnos. En cambio, sus campus se convertirían en reservas de privilegio cada vez más exclusivas. Algunas instituciones intrépidas podrían abrir campus en lugares lejanos. Estas sedes admitirían a estudiantes de segundo nivel y utilizarían sus materiales didácticos virtuales combinados con breves sesiones en el campus basadas en el modelo de educación ejecutiva. Cada estudiante que asista a estos campus de élite no estaría disponible para otras escuelas de derecho, lo que aumentaría la competencia por el grupo cada vez más reducido de estudiantes.

También argumenté que algunos advenedizos saldrían ganando. Serían proveedores de bajo costo, con campus mínimos y que funcionarían enteramente según el modelo de educación ejecutiva. Contarían con un mínimo de personal permanente, sin plaza fija, y dependerían de los profesores adjuntos y de otros para proporcionar cualquier retroalimentación humana necesaria.

Con un poco menos de confianza, también predijo que a las escuelas estatales les iría bien en esta nueva realidad. Me parecía que, dado que recibían la mayor parte de sus ingresos del poder legislativo, las escuelas de derecho públicas estarían relativamente aisladas de los efectos financieros de, al menos, la primera ronda de la restructuración de la enseñanza del derecho.³³ Por otro lado, la limitación de su fuente de financiamiento también obstaculizaría a las escuelas de derecho públicas que buscan financiación para las actividades necesarias para crear y comercializar nuevos materiales didácticos en línea.

Con el tiempo, las escuelas públicas se sentirían presionadas para competir en precio con los proveedores de bajo costo, y no estaba seguro de cómo se desarrollaría esto a largo plazo. Un escenario que sugerí es que las escuelas estatales podrían explorar la creación de filiales con ánimo de lucro para entrar en el mercado de la creación de materiales didácticos en línea en condiciones más equitativas.

³³ Como se analiza en la Parte III, las cosas son bastante diferentes hoy.

Pero también había un cuarto grupo, los perdedores. Los perdedores, vaticiné, serían las escuelas de derecho privadas con un nivel medio de prestigio. Las escuelas de derecho privadas de rango medio verían su mercado amenazado desde tres direcciones a la vez. Desde arriba, las escuelas de derecho de élite competirían por los estudiantes mediante el establecimiento de campus adicionales de educación ejecutiva. Algunos estudiantes podrían preferir un título de extensión de Harvard (quizás menos costoso) –aunque tuviera un asterisco– a un título más caro de una escuela de rango medio con todos los servicios.

Desde abajo, las escuelas de derecho privadas de rango medio tendrían que hacer frente a la competencia de proveedores de muy bajo costo y de muy bajos servicios que se limitarían a organizar los materiales didácticos virtuales de otras escuelas y a otorgar títulos. Y lo que es peor, las escuelas de derecho privadas de rango medio se enfrentarían a la competencia en su propio currículo, ya que los estudiantes podrían tratar de obtener créditos por tomar cursos de renombre de profesores de renombre. Cada vez que una escuela de derecho privada de rango medio se sintiera obligada a poner una de estas opciones a disposición de sus estudiantes, aunque solo fuera para evitar las reclamaciones de que las escuelas tenían ‘cautivos’ a sus clientes que pagaban la matrícula, el pago del software comprado, representaría no solo una pérdida de ingresos para la escuela que otorga el título, sino una transferencia real de ingresos a la institución creadora del software.³⁴

En cuanto al personal, los ganadores serían los académicos de renombre que están delante de las cámaras, y quizás también, una nueva clase de *superadjuntos* y profesionales estrella que crearían su propia serie de cursos orientados a la práctica. Otros ganadores serían el personal técnico que haya diseñado y ejecutado el software, además de los calificadores adjuntos que se

³⁴ Con el beneficio de veinte años de retrospectiva, ahora veo algunos problemas con esta afirmación. Suponía un modelo de precios muy simplista en el que las escuelas o los estudiantes pagaban por lugar. De hecho, uno puede imaginar muchos otros escenarios. Por poner un ejemplo, una escuela podría alquilar un curso al proveedor por un precio fijo al año, en cuyo caso añadir alumnos inscritos a un curso alquilado podría no tener un costo marginal significativo.

encargarán de calificar los exámenes o trabajos que aún requirieran una revisión humana. Cabe destacar que los calificadores podrían vivir en cualquier lugar; no es necesario que tengan ninguna conexión geográfica con la escuela de derecho; en definitiva, esto supondría una cierta ventaja para las escuelas de derecho situadas en lugares lejanos.

Si estas transformaciones tuvieran lugar, ¿qué harían a los estudiantes? Aquí, por desgracia, el panorama parece mucho más complejo y equívoco. En la columna de los puntos positivos, la Escuela Virtual de Derecho supondría, como mínimo, un freno a la espiral de las matrículas; excepto, quizás, en las instituciones más élite, quienes podrían seguir beneficiándose de un mercado de vendedores para poder cobrar lo que quisieran. Otras escuelas se enfrentarían a nuevas restricciones competitivas, e incluso podrían encontrarse en una guerra de precios muy feroz. Los estudiantes, presumiblemente, se beneficiarían de la reducción de la matrícula resultante.

Del mismo modo, los estudiantes de todo el país podrían beneficiarse del acceso a la enseñanza impartida por los educadores de renombre que figuran en el nuevo material didáctico en línea. Pero el énfasis aquí es en *podrían*. No todos los académicos famosos son buenos profesores. No todas las grandes enseñanzas presenciales se trasladarían inevitablemente bien al nuevo formato. Por ejemplo, un gran profesor de estilo Socrático necesita un Glaucon, y aunque una clase en directo pudiera grabarse, probablemente no sería una visión emocionante para alguien que no tuviera la oportunidad de asistir en persona. Sin embargo, sean cuales sean las implicaciones de la calidad, los estudiantes tendrían al menos acceso a un conjunto mucho más amplio de cursos especializados de clase superior que los que podría ofrecer cualquier escuela de derecho urbana, salvo la más grande, con un ejército de profesionales adjuntos.

Dado que los estilos de aprendizaje difieren, las clases virtuales probablemente beneficiarían a algunos estudiantes y perjudicarían a otros. Resulta imposible saber cómo se resolvería esto sin tener cursos reales con los cuales experimentar. Del mismo modo, si las clases fueran totalmente virtuales, los estudiantes podrían controlar la forma de presentarse. En lugar de utilizar un

vídeo en directo o una foto real, podrían adoptar un avatar anónimo genérico o seleccionar uno icónico (¿Tom Cruise? ¿Julia Roberts? ¿Mork?). La posibilidad de construir y controlar una identidad podría beneficiar y envalentonar al estudiante tímido e inseguro, pero la idea de enseñar a una audiencia de Mickey Mouses no me gustaba.

Sin embargo, algo que estaba claro es que cuanto más se alejara la educación jurídica de los “profesores de élite en escuelas de élite”³⁵ más cambiaría la experiencia de los estudiantes y, según pensé entonces, no para mejor. La escuela de derecho es, o debería ser, mucho más que clases. Una experiencia enriquecedora incluye el trabajo en grupo, ya sea en las revistas de derecho, en los tribunales simulados, en las clínicas o en los innumerables proyectos que los estudiantes emprenden en la escuela de derecho. Para ser sinceros, las amistades y los conocidos que se hacen en la escuela de derecho también pueden reportar importantes dividendos profesionales a lo largo de la carrera jurídica. Todas estas cosas amenazan con perderse en un entorno totalmente virtual, y en estos aspectos el modelo de educación ejecutiva no es una gran mejora.

Por lo tanto, la conclusión es que los estudiantes de las escuelas que no son de élite podrían pagar menos, pero también obtendrían mucho menos.

Eso dejaba un último grupo a tener en cuenta: el profesorado. Aparte de los pocos ganadores que aparecerían en el material didáctico en línea, argumenté que el profesorado sería en general un gran perdedor en este escenario. Mientras que antes eran dueños de pequeños feudos académicos con la autonomía pedagógica protegida por la libertad académica, para bien o para mal, ahora se verían relegados a ser profesores auxiliares del material didáctico en línea que ellos mismos o, lo que es más probable -dado que el dinero cambiaría de manos- que seleccionarían a alguien más.

³⁵ Para mejor comprensión del texto, se hizo una traducción no literal de “*ivy-covered professors in ivy-covered halls*” [profesores cubiertos de hiedra en pasillos cubiertos de hiedra] que hace alusión a las escuelas de élite. Tom Lehrer, *Bright College Days* [Días universitarios brillantes], (More of Tom Lehrer 1959).

Para que el público de entonces (o los lectores de ahora) no piensen que estoy siendo extremista, les recordé que lo que estaba describiendo era en realidad un escenario más moderado que el que podría producir un mercado verdaderamente libre en la enseñanza del derecho. Si la enseñanza del derecho fuera realmente virtual, no habría necesidad de un campus ni de un profesorado.

En su lugar, los organismos de acreditación y otorgantes de títulos certificarían que la realización satisfactoria de diversas combinaciones de cursos virtuales aprobados es suficiente para obtener un título. Tal vez estos organismos administrarían los exámenes, o tal vez ese servicio formaría parte del paquete proporcionado por el proveedor del material didáctico en línea. Este escenario más libertario estaba, por supuesto, fuera de la mesa mientras la ABA aplicara su antigua norma contra los cursos por correspondencia.³⁶ Si no fuera por esa prohibición, que prácticamente forma parte del ADN de la ABA, las escuelas de derecho correrían el riesgo de quedar reducidas a poco más que intermedios, con “acreditación central y enseñanza a distancia”.³⁷

Concluí sugiriendo que había cuatro razones por las que incluso la versión más moderada de la Escuela de Derecho Virtual podría no llegar a suceder.

Un impedimento obvio era que una o más de mis suposiciones resultaran erróneas. Tal vez, por ejemplo, la ABA se pusiera firme y decidiera no permitir que una escuela de derecho acreditada utilizara el aprendizaje a distancia o virtual para convertirse en el modo de enseñanza dominante. En ese entonces, dije que eso parecía ser lo más probable para frenar la marea, aunque, como veremos, Rey ABA pudo contener la marea solamente durante un tiempo.³⁸ O quizás nadie estaría dispuesto a asumir el riesgo fi-

³⁶ Normas ABA 2002, *supra* nota 19, § 304(g). Cf. Arcabascio, *supra* note 19, en 12.

³⁷ “La historia de la titulación externa, con su acreditación central pero su enseñanza a distancia, sugiere que son posibles otras configuraciones” John Seely Brown & Paul Duguid, *Universities in the Digital Age* [Universidades en la era digital], en *The Information Age: An Anthology On Its Impact And Consequences* [La era de la información: Una antología sobre su impacto y consecuencias], 158 (David S. Alberts & Daniel S. Papp, eds., 1997).

³⁸ Véase *infra* texto en las notas 111-114 (cambios de la ABA en las normas) y las notas 88-121 (reacciones de las escuelas de derecho).

nanciero de ser el primero en diseñar material didáctico en línea; o tal vez los primeros en actuar harían un mal trabajo y sus productos poco atractivos desalentarían hasta el punto de manchar todo el género.

Un segundo obstáculo plausible para la Escuela Virtual de Derecho, señalé, era que la economía del software simplemente no funcionaría para la enseñanza del derecho. Irónicamente, el mejor argumento que podía imaginar de este tipo se basaba en un método de enseñanza cada vez menos moderno. Mientras que los académicos progresistas llevaban mucho tiempo insistiendo en los males del llamado método Socrático en la enseñanza del derecho,³⁹ era esa anticuada estrategia de enseñanza la que sería más difícil de replicar en un entorno pregrabado. La enseñanza Socrática en un entorno virtual en vivo no tiene porqué ser muy diferente de su uso en un aula, pero ya que el importante ahorro de costos de la enseñanza a distancia procede de la reducción de los costos marginales; la enseñanza virtual en directo ofrecería pocas ventajas económicas. Sería irónico que fuera la enseñanza Socrática la que salvara las escuelas de derecho tal y como las conocemos.

Un tercer argumento se basaba en la idea de que la experiencia de la escuela de derecho no se limita a la obtención de credenciales, sino también a la creación de contactos para una futura carrera. Si realmente “no se trata de lo que se conoce, sino de a quién se conoce”, los participantes en una experiencia totalmente virtual podrían estar en grave desventaja. En este sentido, se podría argumentar que algunas de las experiencias de aprendizaje más importantes tienen lugar fuera de las aulas tradicionales, en las revistas de derecho y en las clínicas, en los tribunales simulados, en las organizaciones de defensa y muchos otros grupos de afinidad y profesionales que caracterizan a la mayoría de las escuelas de derecho.

Por último, pero no por ello menos importante, estaba la afirmación de que un entorno de una sola persona y computadora simplemente no es adecuado para pensar y aprender de verdad.

39 Véase, p. ej., Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy [La educación jurídica y la reproducción de jerarquía] (1983).

Como dijo el entonces preboste de la Universidad de Pensilvania, Stanley Chodorow, “El trabajo intelectual es un trabajo social . . . los seres humanos no pueden prosperar en una ecología sin cuerpo, sin ceño, sin sonrisas, y nuestra sociedad intelectual no puede estar completa sin la interacción física”.⁴⁰

Frente a esta poderosa afirmación, aunque ofrecida por alguien que claramente no era un introvertido, estaba la opinión del célebre futurista Peter Drucker: “Dentro de treinta años los grandes campus universitarios serán reliquias. Las universidades no sobrevivirán. Es un cambio tan grande como el que se produjo con el libro impreso... Los edificios actuales son irremediablemente inadecuados y totalmente innecesarios”.⁴¹

Más de treinta años después de la predicción de Drucker, unos veinte años después de la mía, la Escuela de Derecho Virtual aún no había aparecido. ¿Qué sucedió, o dejó de suceder?

Barreras a las escuelas de derecho virtuales

Veinte años después de que me dirigiera a la AALS —justo antes de la “nueva normalidad” del COVID-19, de la que hablaré en la Parte III, más adelante— pocas de las predicciones que hice en enero del 2000 se habían hecho realidad para la enseñanza jurídica en las escuelas de derecho de Estados Unidos. Varias escuelas de derecho incursionaron en la educación a distancia, pero había poca enseñanza verdaderamente “virtual”, es decir, asincrónica. Por el contrario, algunos programas de maestrías en Derecho aprovechaban más la educación a distancia sincrónica, a veces, con algunos elementos asincrónicos. Mientras tanto, ha habido un enorme y bien publicitado, pero no brillantemente exitoso, período de fermento, experimentación y a menudo, inversión desperdienciada en la enseñanza asincrónica a nivel de pregrado.

⁴⁰ Citado en Thomas J. DeLoughry, Will Higher Education Thrive or Wither in Cyberspace [¿Prosperará la educación superior en el ciberespacio o se marchitará?], Chronicle of Higher Education [Crónica de la Educación Superior], 17 de enero de 1995, pág. A22.

⁴¹ Seeing Things as They Really Are [Ver las cosas como realmente son], Forbes, 10 de marzo de 1997, <https://www.forbes.com/forbes/1997/0310/5905122a.html#a76797b24b9f> (citando a Drucker).

La enseñanza del derecho mantuvo en su modelo tradicional, a pesar del aumento en la mayoría, si no en todos, los puntos de presión que yo había identificado como impulsores de la educación virtual. Los costos de las escuelas de derecho aumentaron, ya que los estudiantes/consumidores exigían (o se creía que exigían) nuevas instalaciones equipadas con la última tecnología.⁴²

Mientras tanto, la presión ejercida por partes influyentes de la profesión y de la academia empujó a las escuelas de derecho a invertir más en la formación de habilidades en general y en la educación clínica en particular, actividades que suelen requerir una supervisión más estrecha que la enseñanza presencial y que por tanto, exigen una proporción mayor (y más cara) de profesores por alumno.⁴³

Por estas y otras razones, los precios de las matrículas de las escuelas de derecho aumentaron mucho más rápidamente que la inflación,⁴⁴ aunque esta cifra puede ser engañososa, ya que los

⁴² Véase Richard W. Bourne, *The Coming Crash in Legal Education: How We Got Here, and Where We Go Now* [El colapso que se avecina en la educación jurídica: cómo llegamos aquí y hacia dónde vamos ahora], 45 *Creighton Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad Creighton] 651, 660–61 (2012) (habla de cómo “el aumento del tamaño de las escuelas de derecho estadounidenses fue acompañado de un aumento de los recursos dedicados a ellas” y de cómo algunos de los recursos se dedicaron a una “tecnología muy mejorada que ha transformado los sistemas de retención y recuperación de información y las herramientas de enseñanza de las escuelas de derecho modernas”).

⁴³ Peter A. Joy, *The Uneasy History of Experiential Education in U.S. Law Schools* [La incómoda historia de la educación experiencial en las escuelas de derecho estadounidenses], 112 *Dickinson Law Review* [Revista de Derecho de la Escuela de Derecho Dickinson de la Universidad Estatal de Pensilvania] 551, 567–80 (proporciona una discusión detallada sobre cómo “la marcha desde la primera mención de las habilidades profesionales como parte del plan de estudios de la escuela de derecho hasta la exigencia de la educación experimental fue un largo viaje, y llegó después de los exámenes críticos de la educación jurídica tanto en una serie de escuelas de derecho como por la profesión jurídica”); John H. Garvey, *The Business of Running a Law School* [El negocio de dirigir una escuela de derecho], 33 *University of Toledo Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Toledo] 37, 38–39 (2001) (menciona que una contribución al aumento del gasto de las escuelas de derecho fue el rápido crecimiento de los cursos clínicos, que cambió la composición del profesorado “porque los profesores de clínica y redacción jurídica imparten clases más pequeñas, por término medio, que los profesores tradicionales”). Dicho esto, muchos puestos de formación de habilidades y de supervisión clínica podrían ser ocupados por profesionales adjuntos, o por abogados sin plaza fija, que podrían ser menos costos que el personal tradicional con plaza fija o personal aspirante a plaza fija.

⁴⁴ Véase *Tuition* [Matrícula], *Law School Transparency* (fecha de consulta: 24 de junio de

descuentos de las escuelas de derecho a través de subvenciones y becas también aumentaron.⁴⁵

El problema de la deuda de los estudiantes de derecho no hizo más que aumentar, en parte causado por el incremento de la deuda contraída para la educación de grado⁴⁶; mientras tanto, los prospectos de empleo de los egresados en derecho se redujeron –o al menos, se volvieron más erráticos–, especialmente en la competencia por los puestos de trabajo mejor pagados que pudieran satisfacer las exigencias del pago de los préstamos.⁴⁷ Para agravar los problemas de las escuelas de Derecho, el periódico *The New York Times* y otros medios de comunicación dieron amplia publicidad a las afirmaciones de que la carrera de derecho era una mala inversión,⁴⁸ lo que provocó un descenso y cambios

2020), <https://data.lawschooltransparency.com/costs/tuition/?y1=2000&y2=2019> (base de datos que muestra que tras ajustar la inflación “la escuela de derecho privada era 1.53 veces más cara en 2019 que en 2000” y “la escuela pública era 2.44 veces más cara en 2019 que en 2000”).

⁴⁵ Véase, p. ej., *Net Tuition* [Matrícula neta], *Law School Transparency* (fecha de consulta: 24 de junio de 2020), <https://data.lawschooltransparency.com/costs/net-tuition/> (“Desde 2012, la matrícula neta promedio en las escuelas de derecho públicas ha disminuido, a pesar de que la matrícula nominal aumentó en promedio. Esto se debe al aumento del descuento”).

⁴⁶ Centro Nacional de Estadísticas Educativas, *Trends in Student Loan Debt for Graduate School Completers* [Tendencias de la deuda de préstamos estudiantiles de los estudiantes de posgrado] 7 (2018), https://nces.ed.gov/programs/coe/pdf/coe_tub.pdf (muestra que la cantidad promedio acumulada prestada para los estudiantes de derecho aumentó de \$82,400 a \$145,500 dólares entre 1999 y 2016); Farran Powell & Emma Kerr, Véase 10 Years of Average Student Loan Debt [10 años de deuda promedio de préstamos estudiantiles], *U.S. News & World Report* (14 de septiembre de 2021, 9:00 AM), <https://www.usnews.com/education/best-colleges/paying-for-college/articles/see-how-student-loan-borrowing-has-risen-in-10-years> (señala que en 2021 “la deuda promedio de los préstamos estudiantiles ha aumentado significativamente en la última década mientras las familias tratan de mantenerse al tanto con los costos universitarios”, mientras que los costos de la matrícula han “aumentado el doble” en los últimos 20 años”).

⁴⁷ Bourne, *supra* nota 42, págs. 654-59 (se discuten los estudios que muestran “un debilitamiento sin precedentes del mercado laboral de la abogacía, especialmente en los puestos más altos”). Para consultar datos exhaustivos sobre los ingresos de quienes egresan de derecho, véase Scott F. Norburg, *J.D.s and Jobs: The Case for an ABA Accreditation Standard on Employment Outcomes* [Grados de derecho y empleos: El caso de una norma de acreditación de la ABA sobre los resultados de empleo], 67 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 1035 (2018).

⁴⁸ Véase, p. ej., Ethan Bronner, *Law Schools’ Applications Fall as Costs Rise and Jobs Are Cut* [Las solicitudes de las escuelas de derecho caen a medida que aumentan los costos

en el grupo de aspirantes a las escuelas de derecho.⁴⁹

Sin embargo, a pesar de todas estas presiones, las escuelas de derecho, como grupo, no hicieron más que sumergirse en las aguas virtuales.

Las escuelas de derecho ampliaron su oferta de aprendizaje sincrónico a distancia. Y algunas escuelas y profesores más emprendedores y aventureros intentaron sacar el máximo partido a las nuevas tecnologías. En 2004, el Centro de enseñanza jurídica asistida por computadora (Center for Computer-Assisted Legal Instruction, CALI) creó un “Consorcio para la Educación a Distancia” (CODEC, por sus siglas en inglés). El Instituto de información jurídica (Legal Information Institute) de la Universidad Cornell comercializó el curso de Peter Martin⁵⁰ a otras escuelas de derecho, por el que las escuelas de derecho compradoras pagaron una cuota por estudiante.

y se reducen los puestos de trabajo], New York Times (30 de enero de 2013), <https://www.nytimes.com/2013/01/31/education/law-schools-applications-fall-as-costs-rise-and-jobs-are-cut.html> (2013) (“Las solicitudes de ingreso en las escuelas de derecho se dirigen al nivel más bajo de los últimos 30 años, lo que refleja la creciente preocupación por el aumento de las matrículas, la aplastante deuda de los estudiantes y la disminución de las perspectivas de un empleo lucrativo al graduarse”). Hasta qué punto existía una verdadera crisis de empleo de los abogados, o si muchas escuelas de derecho se limitaban a presentar los datos de empleo de forma engañosa y color de rosa, suscitó una gran controversia. Parece haber pocas dudas de que la contratación de puestos de trabajo en el sector de la abogacía con sueldos iniciales de seis cifras se estancó o se redujo, véase Bourne supra nota 42, pero eso por sí solo no significaba que un título en derecho fuera una mala inversión, solo que no era el camino fácil hacia la riqueza con el que parecía que muchos estudiantes habían contado a medida que acumulaban una deuda cada vez mayor. Véase de manera general Michael Simkovic & Frank McIntyre, *The Economic Value of a Law Degree* [El valor económico de un título en derecho], 43 *Journal of Legal Studies* [Revista de Estudios Jurídicos] 249 (2014) (argumentando que el valor de por vida de un título en derecho superaba su costo “por cientos de miles de dólares” incluso en el percentil 25).

⁴⁹ Véase, p.ej., Scott F. Norberg & Stephanie J. Garcia, *Reducing Debt and Increasing Access to the Profession: An Empirical Study of Graduate Debt at U.S. Law Schools* [Reducir la deuda y aumentar el acceso a la profesión: Un estudio empírico sobre la deuda de los egresados en las escuelas de derecho de Estados Unidos], 69 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 710, 751 (2020) (“A medida que aumenta el costo de asistir a una escuela de derecho, una mayor proporción de aspirantes que no pueden cubrir los costos para asistir (a una escuela privada) sin pedir un préstamo optan por matricularse en otro lugar (probablemente una escuela de derecho pública) o no ir a la escuela de derecho.

⁵⁰ Véase supra nota 18 y el texto que le acompaña.

El crecimiento de la educación a distancia probablemente llevó a cierta mejora en la oferta de cursos y en el número de estudiantes disponibles, pero ninguna de las dos cosas estuvo cerca de cambiar las reglas del juego, porque la educación a distancia sincrónica no ahorra dinero en general. En la medida en que requiere un costoso equipo informático y de video, requiere al menos un considerable gasto de capital inicial.

Así, durante dos décadas, solo dos escuelas de derecho acreditadas por la ABA se esforzaron seriamente por conseguir el gran ahorro o los ingresos adicionales por matrícula que podrían haber disfrutado al pasar a la enseñanza virtual, y esos dos esfuerzos se produjeron solamente a mediados de la década de 2010.⁵¹ Dadas las presiones financieras y de otro tipo a las que estaban sometidas las escuelas de derecho en este periodo, es probable que hubiera algo más que una resistencia al cambio. De hecho, se me ocurren cinco posibles razones por las que las escuelas de derecho han decidido apegarse a la enseñanza tradicional, con algo de aprendizaje a distancia, de las cuales una o dos probablemente habrían bastado para determinar el resultado:

1. Las normas de la ABA aumentaron poco a poco los créditos de cursos en línea permitidos que los estudiantes podían aplicar para su graduación, pero siguieron exigiendo que la mayor parte de la formación jurídica siguiera presencial.
2. Las escuelas de derecho evitaban el software insuficiente y no había software adecuado disponible.
3. Los educadores jurídicos tenían una creencia genuina –y tal vez justificada– de que la pedagogía sufriría sin la interacción en vivo con un profesor de derecho, y que las escuelas de derecho presenciales ofrecían otros beneficios valiosos, como las actividades extracurriculares y la creación de redes profesionales que serían difíciles de replicar en línea.
4. El concepto de educación en línea se vio rápidamente manchado por asociación con la Universidad de Phoenix y especialmente, con la Escuela de Derecho Concord. Ningún líder

⁵¹ Las escuelas son la Universidad de Siracusa y la Escuela de Derecho Mitchell Hamline. Véase *infra* texto en las notas 88-89.

de renombre asumió el compromiso, potencialmente costoso, de ser pionero en la educación jurídica virtual, lo que hizo que otras escuelas con menos recursos fueran aún más reticentes de dar el costoso salto.

5. Los decanos de derecho y otras personas concluyeron que sería difícil o imposible justificar el cobro de los precios actuales por una educación puramente o incluso en gran medida virtual.

Más adelante me explayaré sobre cada uno de estos cinco factores. Pero el punto clave para los propósitos actuales es para la mayoría de las escuelas de derecho, al menos antes de que se produjera el COVID-19, la decisión de mantener en gran medida los métodos de enseñanza del *status quo* parecía probablemente sobredeterminada.

Reglas de la ABA

La ABA fue el obstáculo más visible para el crecimiento de las Escuelas de Derecho Virtual, incluso de las escuelas de aquellas basadas en el aprendizaje a distancia. En el 2000, la norma de acreditación 304(g) de la ABA establecía específicamente que “una escuela de derecho no concederá créditos por estudios por correspondencia”,⁵² una norma que se entendía aplicable al aprendizaje a distancia, sin mencionar las clases asincrónicas.

En 2002, la ABA modificó la norma 306 para permitir a las escuelas de derecho acreditadas dar un uso limitado de la educación a distancia, definida como “un proceso educativo caracterizado por la separación, en tiempo o lugar, entre el instructor y el estudiante”.⁵³ Pero la norma modificada estaba lejos de permitir

⁵²ABA, Standards for Approval of Law Schools [Normas para la Aprobación de las Escuelas de Derecho] §304(g) (2000), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/standardsarchive/2000_standards.pdf

⁵³ABA, *Standards for Approval of Law Schools and Interpretations: Rules of Procedure for Approval of Law Schools, policies of the council of the Section of Legal Education and Admissions to the Bar and of the Accreditation Committee: 2002-2003* [Normas para la Aprobación de las Escuelas de Derecho e Interpretaciones: Reglas de Procedimiento para la Aprobación de Escuelas de Derecho, políticas del consejo de la Sección de Educación Jurídica y Admisiones a la Barra y del Comité de Acreditación: 2002-2003] §306(b) (2002), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/standardsarchive/2002_standards.pdf

un plan de estudios totalmente a distancia, y mucho menos una Escuela de Derecho Virtual: antes de poder optar a los créditos de aprendizaje a distancia, los estudiantes tendrían que cursar al menos veintiocho créditos tradicionales presenciales.⁵⁴ Una vez superado ese obstáculo, los estudiantes podrían cursar un máximo de doce créditos a distancia, y máximo cuatro por semestre.

Sin embargo, para optar a los cursos a distancia, las escuelas de derecho debían garantizar que hubiera “una amplia interacción con el instructor y los demás estudiantes, tanto dentro como fuera de la estructura formal del curso, a lo largo de toda su duración”.⁵⁵ Además, las “oportunidades de interactuar con los instructores” tendrían que ser “iguales o superiores” a las que se ofrecen en “un entorno de clase tradicional”.⁵⁶ Posiblemente una barra muy baja en algunos casos.

Una interpretación de la norma 306 definía la “educación a distancia” como la que comprende cursos en los que al menos un tercio del tiempo de clase no se impartía en persona. Por lo tanto, no había límite para los cursos en los que la instrucción era menos de un tercio de la educación a distancia.⁵⁷ Más importante aún, las normas de la ABA no cerraron la puerta a la educación a distancia ilimitada para los estudiantes de maestrías en Derecho y otra educación de posgrado.⁵⁸ En 2014, la ABA modificó la norma 306 para incorporar la interpretación de dos tercios de tiempo presencial de la Interpretación 306-3 en el propio texto.⁵⁹

⁵⁴ *Id.* en §306(e).

⁵⁵ *Id.* en §306(c).

⁵⁶ *Id.* en §306, Interpretación 306-4.

⁵⁷ Véase *id.* en §306, Interpretación 306-3.

⁵⁸ La norma 306 solo mencionaba la educación para el grado en derecho. Las normas para otros títulos, como la norma 308, no mencionaban la limitación del aprendizaje a distancia. Por lo tanto, una escuela de derecho que estuviera planeando una maestría en derecho en línea solo tenía que avisar a la ABA. El consentimiento de la ABA –que es común– era suficiente para seguir adelante, en lugar de tener que conseguir que la ABA aprobara un programa por adelantado, como en el caso de los programas para el grado en derecho en línea, lo que es mucho más difícil.

⁵⁹ Véase ABA, *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools* [Normas y Reglas de Procedimiento para la Aprobación de las Escuelas de Derecho] §306(a) (2014), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/2014_2015_aba_standards_and_rules_of_procedure_for_approval_of_law_schools_bookmarked.pdf

También aumentó el límite de créditos para la educación a distancia de doce a quince⁶⁰ de los que al menos, ochenta y tres eran requeridos para graduarse, pero dejó en su lugar el requisito de que un estudiante tenga veintiocho créditos de educación tradicional presencial –esencialmente el primer año de la escuela de derecho– antes de que una escuela de derecho pueda ofrecer cualquier crédito de aprendizaje a distancia.⁶¹

Más recientemente, en las Normas de 2019, la ABA aumentó el número de créditos de aprendizaje a distancia, para permitir que un tercio completo de los créditos requeridos se imparta en línea. La ABA también eliminó el límite de aprendizaje a distancia en el primer año, permitiendo a los estudiantes de primer año hasta diez créditos de educación en línea.⁶²

Tomando en cuenta esta historia, cualquier escuela de derecho establecida que se embarcara en un plan radical para ofrecer una Escuela de Derecho Virtual, o incluso, un título en derecho orientado al aprendizaje a distancia –especialmente antes de las normas modificadas de 2019– estaría asumiendo un enorme riesgo de que su producto fuera prohibido por la ABA. Junto con los riesgos financieros de una ambiciosa iniciativa tecnológica, incluso los decanos que consideraron la cuestión optaron por esperar y ver.

No obstante, sospecho que la ABA podría haber cambiado sus normas si hubiera habido suficiente presión por parte de las escuelas de derecho y los estudiantes de derecho para hacerlo. Si la ABA se hubiera negado, se habría expuesto a una demanda antimonopolio.⁶³ La presión necesaria nunca se materializó porque las escuelas de derecho, en su mayoría, no estaban dispuestas a pasar a la educación virtual, y solo tenían un pequeño de-

⁶⁰ *Id.* en §306 (e).

⁶¹ *Id.* en §306 (f).

⁶² Véase ABA, *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2019-2020* [Normas y Reglas de Procedimiento para la Aprobación de las Escuelas de Derecho 2019-2020] §306(e) (2019), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/standards/2019-2020/2019-2020-aba-standards-and-rules-of-procedure.pdf.

⁶³ Para un argumento de que los egresados de la escuela de derecho en línea tendrían un reclamo de la Primera Enmienda contra los estados que se negaron a permitirles tomar el examen de la barra, véase Nick Dranias, *Past the Pall of Orthodoxy: Why the First Amendment Virtually Guarantees Online Law School Graduates Will Breach the ABA Accreditation Barrier* [Más allá de la ortodoxia: Por qué la Primera Enmienda prácticamente garantiza que los graduados de las escuelas de derecho en línea superarán la barrera de la acreditación de la ABA], 111 *Penn State Law Review* [Revista de Derecho de Penn State] 863 (2007).

seo de aumentar el aprendizaje a distancia. La modificación de la norma de aprendizaje a distancia de la ABA en 2002 bastó para satisfacer gran parte de esa demanda, y su concesión de “experi-
mentos” se encargó de gran parte del resto. Mientras tanto, otros factores se combinaron para que la educación virtual pareciera poco atractiva para las escuelas de derecho.

Software insuficiente

Si tuviera que elegir una razón, por encima de todas las demás, por la cual hemos pasado veinte años enseñando en las aulas en lugar de en el ciberespacio, no culparía a la ABA; más bien, diría que era la ausencia de una aplicación revolucionaria.

Se suponía que los MOOC –*massively open online courses* (cursos masivos abiertos en línea)– serían esa aplicación revolucionaria, al menos para la educación universitaria asincrónica, y sin embargo su éxito fue muy limitado en ese ámbito. Armadas con millones de dólares en capital inicial, entidades competidoras como Coursera (fundada por dos profesores de Stanford), *Udacity* (fundada por otro profesor de Stanford) y *edX* (una empresa conjunta de Harvard y el Instituto Tecnológico de Massachusetts) anunciaron que planeaban revolucionar la educación para las masas. Aunque los detalles difieren, el modelo básico consistía en clases grabadas en vídeo en *streaming*, combinadas con textos en línea y grupos de debate (a veces opcionales). Los estudiantes podían realizar muchos cursos sin ningún costo y, si pagaban una cuota, podían inscribirse para obtener crédito universitario.

Criticar los MOOC por sus deficiencias fue en su día un deporte popular. La breve y mordaz crítica de James Grimmelmann en *The Merchants of MOOCs* (Los mercaderes de los MOOC) es, sin duda, el ejemplar del género.⁶⁴ Grimmelmann identifica las

⁶⁴ James Grimmelmann, *The Merchants of MOOCs* [Los mercaderes de los MOOC], 44 Seton Hall Law Review [Revista de Derecho de la Universidad Seton Hall] 1035 (2014). Otros ejemplos incluyen a Philip G. Schrag, *MOOCs and Legal Education: Valuable Innovation or Looming Disaster?* [Cursos MOOC y educación jurídica: ¿Innovación valiosa o desastre inminente?], 59 Villanova Law Review [Revista de Derecho de la Universidad Villanova] 83 (2014) y Jeffrey A. Van Detta, *The Law School of the Future: How the Synergies of Convergence Will Transform the Very Notion of “Law Schools” During the 29st Century From “Places” to “Platforms”* [La escuela de derecho del futuro: Cómo las sinergias de la convergencia transformarán la propia noción de “Escuelas de derecho” durante el siglo XXIX de “lugares” a “plataformas”], 37 University of La Verne Law Review [Revista de Derecho de la Universidad de La Verne] 103 (2015).

virtudes que suelen alegar los entusiastas de los MOOC y demuestra que, o bien no son nada nuevo, o bien, los MOOC no cumplen con lo que prometen.

¿Son los MOOC una revolución en la democratización del acceso a la educación en general o a los grandes profesores en particular? Ninguna de las dos: las promesas de los entusiastas de los MOOC requerirían a uno ignorar los precedentes de larga duración que van desde La Universidad Abierta en el Reino Unido⁶⁵ hasta la plataforma “*The Great Courses*” disponible –aunque no para crédito de curso– en un paquete de vídeos.⁶⁶ Los primeros MOOC también sufrieron problemas con los valores de producción.⁶⁷

Los defensores de los MOOC también los promocionan como una forma de estimular el aprendizaje interactivo. En lugar de sustituir por completo un curso, las clases grabadas se convertirían en la parte estática de una clase invertida en la que el talento local dirigiría las secciones de debate. La idea central de una clase invertida es que las clases se graban con anticipación y el tiempo de clase se reserva para la aplicación, la resolución de problemas y el debate. En teoría, si se cuenta con un gran profesor, los estudiantes sacan el máximo provecho de las sesiones

⁶⁵ Niall Sclater, *Large-Scale Open Source E-Learning Systems at the Open University UK* [Sistemas de aprendizaje electrónico de código abierto a gran escala en la Open University del Reino Unido], 2008 Centro de Análisis e Investigación de EDUCAUSE, 1, 2 (2008) (“La Open University se fundó en 1970 como el primer gran proveedor de aprendizaje a distancia del Reino Unido. Desde entonces se ha convertido en la mayor universidad de Europa, con 180,000 estudiantes”). Para ser justos, antes del año 2000, el modelo de la Open University del Reino Unido, que se basaba principalmente primero en cursos por televisión, luego por vídeo, antes de pasar a la transmisión en línea, también implicaba un periodo de residencia en el campus por una semana. Alan Tait, *From Place to Virtual Space: Reconfiguring Student Support for Distance and E-Learning in the Digital Age* [Del lugar al espacio virtual: Reconfiguración del apoyo al estudiante para el aprendizaje a distancia y electrónico en la era digital], 6 Open Praxis 5, 9 (2014) (habla de cómo a principios de la década de 1970 la Open University implementó “escuelas residenciales obligatorias de una semana de duración en muchos módulos, incluidos todos los de primer año”). Sin embargo, la Open University abandonó los requisitos de residencia a principios de la década de los 2000. Véase *id.*, pág. 10 (señala que después del 2000, la Open University llevó a cabo una “aguda disminución de los requisitos de la escuela residencial y la mayoría de las titulaciones ya no tienen ninguno”).

⁶⁶ Grimmelmann, *supra* nota 64, pág. 1037.

⁶⁷ *Id.* pág. 1038-1040.

interactivas. Pero si el gran profesor se limita a impartir las clases, y el talento local se reduce a lo que antes llamé el modelo del profesorado auxiliar de la educación virtual, entonces, los estudiantes no obtienen el beneficio de “invertir” al gran profesor. La crítica de Grimmelmann era que el enfoque del profesorado auxiliar restaba virtud al aula invertida. Por hipótesis, los locales no son tan buenos como la estrella, y son los locales con los que los estudiantes interactúan.⁶⁸

Los MOOC tampoco resuelven el problema de la escala. Sí, una clase magistral grabada es infinitamente reutilizable a un bajo costo marginal, pero las clases magistrales, especialmente las introductorias, no eran la parte más cara de la educación de calidad.⁶⁹ Los debates son caros si uno quiere tenerlos en clases del tamaño de un seminario; calificar es caro, y más o menos lineal con el número de estudiantes, a menos que recurra a los exámenes de opción múltiple, a menudo considerados un mal método de examen para la mayoría de las asignaturas de la escuela de derecho.⁷⁰ Resulta revelador que en 2013 el MOOC *JusticeX* de Harvard ofreció a los profesores de filosofía de la Universidad Estatal de San José la posibilidad de ser la parte local de un curso basado en las aclamadas clases magistrales de Michael Sandel, de Harvard, estos se opusieron, señalando que la propuesta los reducía a “profesores auxiliares glorificados”.⁷¹ En resumen, las lecciones de la experiencia de los MOOC de pregrado no recomendaron la plataforma a las administraciones de las escuelas de derecho, ni a las mismas escuelas.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* pág. 1041.

⁷⁰ Para ver un ejemplo de los argumentos en contra de los exámenes de opción múltiple, véase Kenney F. Hegland, *On Essay Exams* [Sobre los exámenes de ensayo], 56 *Journal of Legal Education* [Revista de Educación Jurídica] 140 (2006); en contraste, para un ejemplo de los argumentos en contra de los exámenes de ensayo, véase Linda R. Crane, *Grading Law School Examinations: Making a Case for Objective Exams to Cure What Ails “Objectified” Exams* [Calificación de los exámenes de la escuela de derecho: La justificación de los exámenes objetivos para curar lo que aflige a los exámenes “objetificados”], 34 *New England Law Review* [Revista de Derecho de la Escuela de Derecho New England Law Boston] 785, 805-808 (2000).

⁷¹ Grimmelmann, *supra* nota 64, pág. 1042.

Es cierto que, en 2014, un comentarista podía sugerir que “los MOOC están llegando” a la educación jurídica, aunque “probablemente diluyan la educación ofrecida” a los futuros abogados y posiblemente “aceleren la desaparición de muchas escuelas de derecho tradicionales”,⁷² o incluso, creen un escenario en el que “unas pocas escuelas de derecho de élite sobrevivirán, pero la mayoría de las escuelas de derecho desaparecerán”.⁷³ De hecho, los MOOC no sustituyeron a las escuelas de derecho. Los MOOC –diseñados para ser masivos, en línea, potencialmente gratuitos y si no son gratuitos, entonces baratos– no eran lo que las escuelas de derecho buscaban para la enseñanza del título en derecho, aunque sí tenía aplicaciones para la enseñanza del derecho básico a los no abogados.⁷⁴

Preocupación por la mala pedagogía y las oportunidades perdidas para la formación de habilidades y la creación de redes profesionales

Los argumentos a favor de la virtualidad invocaban el mantra de la “disrupción”, práctica que habían perdurado durante mucho tiempo, debía ser revalorada y probablemente sustituida por algo más elegante y moderno.⁷⁵ Sin duda, la enseñanza, en la

⁷² Philip G. Schrag, *MOOCs and Legal Education: Valuable Innovation or Looming Disaster?* [Cursos MOOC y educación jurídica: ¿Innovación valiosa o desastre inminente?], 59 *Villanova Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad Villanova] 83, 83 (2014).

⁷³ *Id.* pág. 84.

⁷⁴ Véase, p. ej., Esther Barron & Stephen F. Reed, *A Closer Look at Distance Learning: The Law and The Entrepreneur MOOC* [Una mirada más cercana al aprendizaje a distancia: Derecho y el emprendedor MOOC], 19 *Lewis & Clark Law Review* [Revista de Derecho de la Escuela de Derecho Lewis & Clark] 395 (2015) (describe la creación de un curso de introducción a cuestiones jurídicas para aspirantes a emprendedores). Algunas escuelas de derecho también han explorado otras opciones de realidad virtual, como *Second Life*. Véase Ross McKerlich & Terry Anderson, *Community of Inquiry and Learning In Immersive Environments* [Comunidad de investigación y aprendizaje en entornos inmersivos], 11 *Online Learning* [Aprendizaje En Línea] 35 (2019). El número de miembros de *Second Life* alcanzó su punto máximo en 2007 y prácticamente todas las universidades que habían probado *Second Life* eventualmente abandonaron la plataforma. Rama Ramaswami, *Is There a Second Life for Virtual Worlds?* [¿Hay una segunda vida para mundos virtuales?], *Campus Technology* (1 de septiembre de 2011), <https://campustechnology.com/articles/2011/09/01/is-there-a-second-life-for-virtual-worlds.aspx>.

⁷⁵ Cf. Grimmelmann, *supra* nota 64, págs. 1047-49.

que una persona da clase a otras, estaba lista para el cambio. El hecho de que la enseñanza no haya cambiado mucho durante varios milenios –o al menos décadas si se rinde culto al altar de Langdell– sugería a los tecno-optimistas que la enseñanza estaba lista para una dosis de mejora tecnológica.

No es de extrañar que la mayoría de los académicos, un grupo notoriamente conservador en la mayoría de las cosas relacionadas con sus condiciones de trabajo, se resistieran al argumento de que lo que estaban haciendo era anticuado, especialmente si las innovaciones propuestas en los métodos de enseñanza podrían requerir nuevas habilidades.

Por otra parte, a finales de siglo la mayoría de los profesores de derecho utilizaban con entusiasmo, o al menos con comodidad, las computadoras para crear, editar y compartir manuscritos, para hacer su propia investigación jurídica en las bases de datos virtuales *Lexis* y *Westlaw*, y para discutir entre ellos en línea. Por lo tanto, sería difícil tachar a los profesores de derecho de tecnófobos.

Sin embargo, el argumento de que la enseñanza debe ser humana y presencial en lugar de humana y distanciada o, peor aún, grabada (jinhumana!) y distanciada, tiene poderosos defensores. En 1999, Ruth Bader Ginsburg dijo que la educación jurídica es una “empresa compartida, un auténtico esfuerzo interactivo” que “inevitablemente pierde algo vital cuando los estudiantes aprenden de forma aislada, incluso si pueden participar en la interacción virtual con compañeros y profesores”⁷⁶. Muchos otros señalaron la importancia de aprender a trabajar en grupos, y la dificultad de organizar el trabajo en grupo a distancia, por no hablar de los obstáculos para que los estudiantes auto organicen grupos de estudio si sus contactos están en línea.

Los métodos de enseñanza, como las clases magistrales o incluso, el método “Socrático suave”, pueden no ser nuevos, pero eso significa que han sido probados a lo largo del tiempo. Los métodos, se podría argumentar, han perdurado no por inercia, sino porque tenían un valor real. Además, el *software* que se

⁷⁶ Citado en Powell, *supra* nota 29, pág. 286 (La jueza Ginsburg hizo esta observación en el marco de su crítica al modelo en línea adoptado por la Escuela de Derecho de la Universidad Concord).

ofrecía era malo, al igual que muchos de los cursos (de grado, al menos). Por no hablar de que la tasa de retención de los MOOC abiertos era muy baja,⁷⁷ aunque era ciertamente discutible si eso fuera un problema en el contexto de programas más estructurados de las escuelas de derecho, presumiblemente con requisitos de admisión y graduación.⁷⁸

En respuesta, los defensores de la educación virtual podían alegar problemas iniciales:

Los MOOC de hoy en día (...) son a menudo mediocres y ocasionalmente terribles. Esto se considera a veces como una prueba de que no son una amenaza seria para la educación superior, o como una razón suficiente para oponerse a ellos. Estas afirmaciones pasan por alto un aspecto básico de las innovaciones disruptivas, que son sistemáticamente peores a corto plazo que los sistemas más antiguos a los que interrumpen. Es precisamente este hecho el que impide a los titulares abrazar la innovación; si los MOOC fueran hoy claramente mejores que la enseñanza presencial, no estaríamos teniendo esta conversación. Esto no significa que los MOOC vayan a seguir siendo peores, ni que vayan a mejorar. Solamente significa que criticar los MOOC no es refutarlos.⁷⁹

Mientras tanto, las escuelas de derecho que incorporaron la enseñanza mediada por computadora, tendieron a elegir la enseñanza a distancia en directo y no la asincrónica. Así, por ejemplo, en 2006, Daniel Powell recomendó la enseñanza sincrónica, “como la videoconferencia”, porque permite que “los estudiantes tengan la oportunidad de que se respondan sus preguntas inmediatamente”.⁸⁰ De hecho, Powell argumentó que las actua-

⁷⁷ Véase Justin Reich & José A. Ruipérez-Valiente, *The MOOC Pivot [El pivote MOOC]*, 363 Science 130, 130 (2019) (identifica que “la gran mayoría de los estudiantes de los MOOC no regresan después del primer año ... y la pesadilla de los MOOC –las bajas tasas de finalización- no ha mejorado en 6 años”).

⁷⁸ Cf. Justin Reich, *MOOC Completion and Retention in the Context of Student Intent [Finalización y retención de MOOC en el contexto de la intención de los estudiantes]*, EDUCAUSE Review [Revista EDUCAUSE] (8 de diciembre de 2014) (reporta que las bajas tasas de finalización de estudios de 2% hasta 10% deben entenderse en el contexto de las intenciones de los estudiantes; de los estudiantes que dijeron que planeaban finalizar sus estudios, el 22% realmente lo hizo), <https://er.educause.edu/articles/2014/12/mooc-completion-and-retention-in-the-context-of-student-intent>.

⁷⁹ Grimmelmann, *supra* nota 64, pág. 1047 (se omiten las notas a pie de página).

⁸⁰ Powell, *supra* nota 29, págs. 295, 297.

les tecnologías sincrónicas basadas en la web no eran lo suficientemente buenas, y que la videoconferencia “se aproxima más a la experiencia interactiva de la escuela de derecho”.⁸¹ Este consejo se ajustaba a lo que se sabía sobre las preferencias de los estudiantes. Los primeros estudios mostraban que los estudiantes se resistían a la enseñanza asincrónica como modo principal de instrucción,⁸² aunque les gustaba la posibilidad de volver a observar las clases, también, les gustaba tener medios de apoyo en línea, como páginas web y tableros de chat.⁸³

Algunos estudios más recientes cuestionan la afirmación de que a los estudiantes de derecho no les gusta el aprendizaje en línea.⁸⁴ Podría ser, tal vez, que lo que los estudiantes de derecho sellan como gusto, depende de lo considerado habitual, y de lo buena que resulte ser la enseñanza en línea. Es probable que los profesores de derecho mejoren la enseñanza en línea y los estudiantes de derecho se acostumbren más a ella, pero la aceptación generalizada, si es que llega, queda para el futuro.

Además de las disputas sobre la mejor manera de impartir la enseñanza en el aula, los argumentos en contra de la enseñanza en línea, cobraron fuerza cuando las escuelas de derecho –en respuesta al Informe MacCrate y a la presión general de la barra– empezaron a centrarse más en las clínicas y en la formación de habilidades. Si bien es cierto que una parte de la formación en habilidades podría trasladarse con relativa facilidad a internet, la opinión generalizada era que gran parte de ella, y casi toda la enseñanza clínica, sería difícil de reproducir en línea. Las entrevistas con clientes, por ejemplo, son muy diferentes si el entrevistador está en una pantalla que si el abogado y el cliente están en la misma habitación.⁸⁵

⁸¹ *Id.* pág. 298.

⁸² *Id.* pág. 303.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Véase Yvonne M. Dutton et al., *Assessing Online Learning in Law Schools: Students Say Online Classes Deliver* [Evaluación del aprendizaje en línea en las escuelas de derecho: Los estudiantes dicen que las clases en línea dan resultados], 96 Denver Law Review [Revista de Derecho de la Universidad de Denver] 493 (2019); véase, además, *infra* notas 150-151 y el texto que les acompaña.

⁸⁵ Pero véase *infra* nota 166 y texto que le acompaña (discute la necesidad de formar a los estudiantes de derecho en las entrevistas virtuales con clientes si el distanciamiento social se convierte en la norma).

Por último, pero no por ello menos importante, para muchos estudiantes la escuela de derecho es una oportunidad para relacionarse con sus compañeros, con profesores de plaza fija y quizás especialmente con profesores adjuntos, y a menudo, con integrantes de la barra de abogados local. La creación de redes entre compañeros adopta muchas formas, pero en el mejor de los casos no solo crea amistades, sino una confianza justificada (o incluso una desconfianza justificada) que puede durar toda la carrera. Para muchos estudiantes, las actividades extracurriculares, que van desde las revistas de derecho hasta los tribunales simulados y los proyectos de ayuda legal comunitaria, desempeñan un papel importante, algunos incluso dirían que principal, en la formación jurídica. Las escuelas de derecho esperan que tanto las interacciones en clase como las de otro tipo con instructores y abogados sirvan de modelo y enseñen profesionalismo.

Tanto los estudiantes como el profesorado temían que todas estas actividades fueran diferentes, y muchas improbables, sin un componente presencial que fomente las relaciones interpersonales, por no hablar de las oportunidades perdidas para que los estudiantes socialicen en persona, también una parte importante de muchas formaciones jurídicas.

Problemas de reputación y de nombre

Entre el 2000 y el inicio de la pandemia, un número significativo de escuelas de derecho acreditadas experimentaron con opciones de aprendizaje a distancia, quizás el treinta por ciento o más de las cien mejores escuelas, según un recuento.⁸⁶ Sin embargo, muy pocas escuelas de derecho, y ninguna de las que se consideraban mejores, adoptaron una opción totalmente en línea para sus ofertas del título en derecho. Una de las principales razones fue sin duda, que las normas de la ABA seguían limitando o prohibiendo esta opción, tema que se discutió previamente.⁸⁷ Pero incluso si las normas de la ABA hubieran sido más indulgentes, hay razones para creer que las preocupaciones por la repu-

⁸⁶ Dutton et al, *supra* nota 84, pág. 494.

⁸⁷ Véase *supra* § II.A.

tación y el renombre habrían impedido que todas las escuelas de derecho, salvo las más prestigiosas, valientes o desesperadas, se pasaran a la modalidad virtual.

La idea de una escuela de derecho verdaderamente virtual y totalmente en línea se vio seriamente manchada por sus primeros adoptantes. La más famosa fue la Escuela de Derecho Concord, pero había otras escuelas no aprobadas por la ABA en California que también ofrecían ofertas puramente virtuales. En conjunto, dieron a las titulaciones de derecho puramente en línea una capa bastante genérica y poco distinguida. Para que una escuela de derecho estuviera dispuesta a entrar en el mercado –incluso si la ABA aprobaba el experimento–, la escuela tendría que creer que su nombre tenía suficiente poder para resistir cualquier efecto de socavación de la inferioridad por asociación. Una escuela de alto nivel como Harvard o Stanford podría sin duda conseguirlo, pero no está claro hasta dónde se puede bajar en la curva de prestigio percibido de *U.S. News* sin arriesgarse a que el nombre se vea afectado.

Sin embargo, dos escuelas de derecho acabaron dando el paso. La Universidad de Siracusa y la Escuela de Derecho Mitchell Hamline obtuvieron el permiso de la ABA para ofrecer un programa en derecho “híbrido” con solo un tercio de la enseñanza en el campus.⁸⁸ Cabe destacar que ninguna de estas escuelas se encuentra entre las cien mejores de los *rankings* de *U.S. News*.⁸⁹ Las escuelas de derecho con mejor ranking optaron por evitar el riesgo de ser las primeras en actuar o decidieron que el bajo potencial de ganancias no valía la pena.

⁸⁸ Véase Mitchell Hamline School of Law, *Blended Learning at Mitchell Hamline* [Aprendizaje Híbrido en Mitchell Hamline], <https://mitchellhamline.edu/academics/j-d-enrollment-options/blended-learning-at-mitchell-hamline/>. Para ver información sobre el programa de Siracusa, véase JDinteractive, <https://jdinteractive.syr.edu/> (“El programa combina sesiones de clase en línea en tiempo real y en directo con instrucción a su propio ritmo, cursos en el campus y oportunidades de aprendizaje experiencial”).

⁸⁹ En 2020, la Universidad de Siracusa obtuvo el lugar 103. *2023 Best Law Schools* [Las mejores escuelas de derecho del 2023, *U.S. News and World Report*, <https://www.usnews.com/best-graduate-schools/top-law-schools/law-rankings?name=Syracuse>, y la Escuela de Derecho Mitchell Hamline obtuvo un lugar por debajo del 147, <https://www.usnews.com/best-graduate-schools/top-law-schools/law-rankings?name=Mitchell%20Hamline%20School%20of%20Law>.

Mala economía

Hasta la pandemia, el caso económico de la enseñanza virtual debe haber parecido difícil, tanto en el lado de la producción, como en el de las ventas.

Como hemos visto, las escuelas de derecho entendiblemente desconfiaban del modelo MOOC. Llegar a un acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual planteaba otro problema. A medida que las escuelas de derecho, y las universidades en general, contemplaban la posibilidad de invertir en la creación de material didáctico virtual de lujo, o incluso, en clases magistrales grabadas de manera sencilla, los derechos de propiedad intelectual ganaron relevancia.⁹⁰ El profesorado normalmente tiene la propiedad de sus propias clases magistrales y mantiene los derechos de autor de sus libros. Si este modelo se mantuviera en el ámbito de las clases grabadas, sea cual fuere su forma, las universidades tendrían que negociar y pagar regalías cada vez que reutilizaran el material. La posibilidad del aprendizaje a distancia, y especialmente la posibilidad de la enseñanza asincrónica, elevó las apuestas por los derechos de autor al hacer que las clases y los materiales fueran potencialmente más valiosos.⁹¹

La legislación sobre derechos de autor no distinguía entre la propiedad de las conferencias académicas en vivo y las grabadas y sus materiales relacionados.⁹² Pero a principios de la década

⁹⁰ Roberta Rosenthal Kwall, *Copyright Issues in Online Courses: Ownership, Authorship and Conflict* [Problemáticas de derecho de autor en los cursos en línea: Propiedad, autoría y conflicto], 18 *Santa Clara High Technology Law Journal* [Revista de Derecho de Alta Tecnología de la Universidad de Santa Clara]. L.J. 1, 1-2 (2001) (observando que, “a inicios del siglo veintiuno ... el interés de las universidades por la propiedad de los derechos de autor de las obras creadas por los académicos se está intensificando, en gran medida como resultado de las potenciales ganancias financieras asociadas a la educación a distancia”).

⁹¹ *Id.* pág. 2.

⁹² *Id.* pág. 34 (afirma que los materiales de los cursos en línea “deben ser tratados de forma muy similar a cualquier otro producto de trabajo académico” para efectos de la legislación sobre derechos de autor); *Statement on Copyright* [Comunicado sobre derechos de autor], *American Association of University Professors* [Asociación de Profesores Universitarios de EE. UU.] (1999), <https://www.aaup.org/report/statement-copyright> (establece que los materiales de los profesores reciben el mismo tratamiento “independientemente del medio físico en el que aparezcan estos ‘trabajos académicos tradicionales’, incluso cuando adoptan la forma de ‘software académico para uso en programas de educación a distancia’”).

de 2000, una serie de artículos académicos argumentaron que a pesar de la tradicional “excepción del profesor” de la doctrina del trabajo, por cuenta ajena que otorga a los profesores derechos sobre los materiales de los cuales son autores,⁹³ la ley de derechos de autor no había respondido a la pregunta de si las universidades o sus profesores eran los propietarios de las obras académicas.⁹⁴ En lugar de dejar esta cuestión a los tribunales, la mayoría de las instituciones académicas desarrollaron políticas detalladas de derechos de autor que definen los derechos de cada parte en relación con los materiales de clase en línea cada vez más valiosos.⁹⁵

Como era de esperar, las administraciones consideraron que, puesto que no solo proporcionaban el *hardware* y el personal para crear y empaquetar el contenido, sino que también se en-

⁹³ Véase el caso *Hays contra Sony Corp. of America*, 847 F.2d 412, 416 (Séptimo Circuito 1988) (Posner, J.) (señala que “la autoridad para esta conclusión era escasa ... no porque se dudara del mérito de la excepción, sino porque, por el contrario, prácticamente nadie cuestionaba que el autor académico tuviera derecho a los derechos de autor de sus escritos”); véase de manera general, *Elizabeth Townsend, Legal and Policy Responses to the Disappearing “Teacher Exception,” or Copyright Ownership in the 21st Century University* [Respuestas jurídicas y políticas a la desaparición de la “excepción del profesor” o la propiedad de los derechos de autor en la universidad del siglo XXI], 4 *Minnesota Intellectual Property Review* [Revista de Propiedad Intelectual de la Universidad de Minnesota] 209 (2003) (proporciona una descripción y análisis profundo de la excepción del profesor a la doctrina del trabajo por encargo prevista en la legislación de derechos de autor).

⁹⁴ Jacop H. Rooksby, *Copyright in Higher Education: A Review of Modern Scholarship* [Los derechos de autor en la educación superior: Una revisión de los estudios modernos], 54 *Duquesne Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Duquesne] 197, 204 (2016) (señala que “a principios de la década de 2000, parecía haber surgido un cauteloso consenso de que no debía asumirse la propiedad del profesorado sobre los materiales académicos”); Nathaniel S. Strauss, *Anything but Academic: How Copyright’s Work-for-Hire Doctrine Affects Professors, Graduate Students, and K-12 Teachers in the Information Age* [Cualquier cosa menos académica: cómo la doctrina de los derechos de autor por encargo afecta a los profesores, a los estudiantes de posgrado y a los profesores de preescolar, primaria y secundaria en la era de la información], 18 *Richmond Journal of Law and Technology* [Revista de Derecho y Tecnología de la Universidad de Richmond] en 2 (2011) (advierte que, “a pesar de la creencia generalizada de que la obra pertenece al profesor que la crea, la ley dista mucho de ser clara en este ámbito”).

⁹⁵ Ashley Packard, *Copyright or Copy Wrong: An Analysis of University Claims to Faculty Work* [Derechos de autor o no: Un análisis de las reclamaciones de las universidades sobre el trabajo de los profesores], 7 *Communication Law and Policy* 275, 293–308 (2002) (proporciona un análisis detallado de las políticas de derechos de autor de setenta universidades diferentes).

cargaban de la comercialización y del cobro de las cuotas, los profesores deberían estar contentos con un pago único como máximo, si es que la universidad no podía asignar a alguien el trabajo y luego invocar la doctrina del trabajo por encargo.⁹⁶

El trabajo por encargo, o una pequeña bonificación única, podría haber sido un modelo posible para las clases introductorias de “temas esenciales” de licenciatura, especialmente en los campos STEM (sigla en inglés de Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas) que se prestan a las pruebas “objetivas” a través de opciones múltiples o conjuntos de problemas. El cálculo no cambia mucho de un año a otro, y hay muchos profesionales con títulos avanzados capaz de enseñarlo.

El modelo no funciona tan bien para el derecho, donde las cosas cambian con el tiempo, incluso en las asignaturas de primer año como Responsabilidad Civil y Contratos, por no hablar de Derecho Constitucional y Procedimiento Civil, donde las cosas tienden a cambiar aún más rápidamente. Además, el estudiante de derecho esperaba talento local, o estrellas nacionales (recordemos la idea de “Arthur Miller en un disco”⁹⁷). En cualquiera de los casos, el talento quería ser compensado, entendía sus derechos legales, y las clases se anticuaban más rápidamente que en ciencias básicas, o incluso en ciencias sociales básicas e Inglés.

Sin el gran ahorro potencial que suponía la enseñanza asincrónica, ya fuera comprando o utilizando clases magistrales caseras, las escuelas de derecho se quedaron con el modelo de enseñanza a distancia. Aunque ofrecía acceso a nuevos mercados en el extranjero, y la ABA lo permitía para las maestrías en derecho y otras ofertas distintas al título en derecho, la enseñanza a distancia tenía algunos costos fijos. Al menos en el caso del título en derecho, los beneficios potenciales parecían limitados en el mejor de los casos, dado que las economías de escala serían escasas. Un profesor que impartiera una pequeña clase en su casa podría dar otra más grande situada en varios lugares, pero hacerlo en directo por clase limitaba las implicaciones de la matrícula.

⁹⁶ La doctrina del trabajo por encargo confiere los derechos de autor del trabajo de un empleado al empleador cuando la creación de la obra entra en el ámbito del empleo. Melville B. Nimmer & David Nimmer, 1 Nimmer on Copyright [Tratado de derechos de autor] 5.03[A].

⁹⁷ Véase *supra* nota 29 y texto que le acompaña.

Hacer algo más ambicioso –intentar crear un mejor *software* o unos valores de producción elevados– suponía una mayor inversión, y algún riesgo significativo al menos para los primeros en hacerlo. Ciertamente, el mero contenido de alta calidad sin los valores de producción sofisticados no parecía ser lo que buscaban las escuelas de derecho. La primera incursión de Harvard en contenidos en línea, *The Bridge*⁹⁸, no se convirtió en un estándar nacional para introducir a los estudiantes de primer año en los misterios de pensar como un abogado, a pesar de que, o quizás porque era básicamente un mini libro de casos en línea (para quienes tengan interés, *The Bridge* sigue vivo en el ciberespacio,⁹⁹ mientras que Harvard está probando “Zero-L”, una introducción a la escuela de derecho que planea comercializar a nivel nacional).¹⁰⁰

Los problemas parecían igualmente desalentadores en el lado de las ventas. Una escuela de derecho de primer nivel como Harvard podría imaginar un sistema de precios de dos niveles en el que sus ofertas tradicionales siguieran teniendo los mismos precios (a menudo con descuentos) de siempre, mientras que la escuela virtual, de precios más bajos, funcionara como un campus más.

Harvard podría imaginarse razonablemente con estándares lo suficientemente altos incluso para el campus virtual como para producir graduados respetables; mientras tanto, el descuento de la oferta virtual supondría poco peligro para el producto tradicional. Sin embargo, las escuelas menos prestigiosas tienen que preocuparse tanto por la calidad de las admisiones virtuales (si es demasiado baja, se debilita su nombre) como por el precio. Si el precio de la oferta virtual es demasiado atractivo, la escuela de derecho promedio podría arriesgarse a perjudicar sus admisiones habituales, especialmente cuando los estudiantes de derecho demostraron ser cada vez más sensibles al precio en la década de 2010.¹⁰¹ La mayoría de estos cálculos empezaron a cambiar cuando llegó el COVID-19.

⁹⁸ Véase supra nota 27-28 y texto que les acompaña

⁹⁹ *The Bridge*, Centro Berkman Klein de Internet y Sociedad en la Universidad de Harvard, <https://cyber.harvard.edu/research/bridge>.

¹⁰⁰ Véase *infra* texto en las notas 176-179.

¹⁰¹ Véase supra nota 42 y texto que le acompaña.

Barreras que caen: la enseñanza del derecho en tiempos de COVID

La pandemia llegó de forma repentina y las escuelas de derecho, al igual que otros, se esforzaron por adaptarse a unas condiciones que cambiaban rápidamente. Como ya se ha comentado, las escuelas de derecho, al igual que otras instituciones educativas, respondieron al virus altamente contagioso y potencialmente mortal cerrando y pasando a la enseñanza a distancia.

Cuando quedó claro que la pandemia se extendería hasta el semestre de otoño de 2020, y probablemente hasta después del mismo, las escuelas de derecho comenzaron a prepararse más seriamente, y con un poco más de tiempo, para la enseñanza jurídica tanto sincrónica como asincrónica. El giro obligado hacia la escuela en línea reavivó a su vez la especulación de que tal vez la enseñanza del derecho sería mejor, o al menos más barata, si se llevaba a cabo sin el estorbo de una escuela de derecho física. La aparición de la variante de Ómicron justo a tiempo para la primavera de 2022 solo hizo insistir más en esas preguntas.

Lo viejo es nuevo otra vez

El cambio a la enseñanza en línea revivió la especulación sobre el futuro de la enseñanza jurídica virtual y sobre la impartición en línea de la enseñanza superior en general. Sin embargo, algo sobre este debate contemporáneo sobre el futuro de la educación jurídica parecía extrañamente familiar.

Se nos dijo que los MOOC están “en auge”:¹⁰² “Coursera (...) añadió 10 millones de nuevos usuarios desde mediados de marzo hasta mediados de mayo de 2020, siete veces el ritmo de nuevas inscripciones del año anterior. Las inscripciones en edX y Udacity, dos sitios de educación más pequeños se han disparado en números similares”¹⁰³ “Los ingredientes instruccionales del éxito incluyen videos cortos de seis minutos o menos, intercalados con

¹⁰² Steve Lohr, *Remember the MOOCs? After Near-Death, They're Booming* [¿Recuerdan los MOOC? Después de casi morir, están en auge], The New York Times (26 de mayo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/26/technology/moocs-online-learning.html>.

¹⁰³ *Id.*

ejercicios y pruebas interactivas; foros en línea donde los estudiantes comparten problemas y sugerencias; y mentoría y tutoría en línea”.¹⁰⁴ De manera similar, en el departamento de la esperanza eterna, parecía que algunos profesores podrían estar listos para probar el enfoque de los mundos virtuales nuevamente.¹⁰⁵

Una vez más, los comentaristas auguraban el fin del mundo de la enseñanza superior tal y como lo conocemos. Kevin Drum, en ese entonces de Mother Jones, hizo predicciones que sonaban familiares sobre lo que ocurriría si los MOOC realmente despegaban:

- Todas las universidades existentes quebrarán. Tendrán que mantener un campus lleno de edificios y cientos o miles de profesores. No podrán competir con los cursos en línea que pueden ofrecerse a una décima parte del precio.
- Algunas universidades de investigación desaparecerán. Otras se mantendrán como meros centros de investigación. Es posible, por ejemplo, que los cursos en línea no sean lo suficientemente buenos como para generar doctorados, por lo que la investigación y la educación de posgrado se mantendrán.
- El efecto estrella abrumará a los cursos en línea. Después de todo, ¿cuántas clases de Economía I se necesitan? Una vez que todo se asiente, no espero más de una docena de cursos con los mejores profesores que representen una gama modesta de puntos de vista.
- Las horas de oficina con estos profesores estrella serán cosa del pasado. En su lugar, los cursos en línea ofrecerán sesiones de preguntas y respuestas en línea, ya sea uno a uno individual o en grupo, con profesores auxiliares a un costo adicional.
- Habrá muchas más clases disponibles (...)
- Ya no habría ninguna distinción real entre las universidades de dos años que ofrecen una carrera técnica y las universidades de cuatro años que otorgan una licenciatura. Solo habría clases y requisitos para los títulos. Si se toman las clases necesarias para una carrera técnica en humanidades, se obtiene una ca-

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Lilah Burke, *Virtual Classes in a Virtual World [Clases virtuales en un mundo virtual]*, *Inside Higher Ed* [Dentro de la Educación Superior] (22 de noviembre de 2019), <https://www.insidehighered.com/digital-learning/article/2019/11/22/stanford-conducts-classes-virtual-world>.

rrera técnica en humanidades. Si tomas las clases necesarias para ser asistente dental, obtienes un título en asistencia dental. Si tomas cuatro años de clases de astrofísica, obtienes una licenciatura en astrofísica (...)

- Los requisitos de admisión desaparecerán. (...) Si te equivocas, deja la clase y toma otra más fácil.
- ¿Pero qué pasa con las clases que requieren una formación práctica: música, teatro, laboratorios, etc.? Pues... No lo sé. Pero serán caras.¹⁰⁶

Del mismo modo, el empresario de tecnología jurídica Dan Currell sugirió que las universidades en general están a punto de sufrir una “gran desvinculación”:

Las universidades se enfrentan ahora a lo que podría ser una desvinculación letal que comenzará en menos de dos meses. Los estudiantes y los donantes de las universidades residenciales de cuatro años pagan un alto precio por un menú a precio fijo de servicios no relacionados: enseñanza, paisaje atractivo, investigación, alimentación, alojamiento, fútbol, asesoramiento académico, exámenes, certificación, conservatorios musicales, grupos de afinidad de estudiantes, programas de teatro, atención de salud mental, arquitectura con certificación LEED (sigla en inglés de Líder en Eficiencia Energética y Diseño Sostenible), asesoramiento profesional, redes de exalumnos y mucho más. Esto es exclusivo de las universidades estadounidenses; muchas buenas universidades europeas solo ofrecen el núcleo de este paquete: enseñanza y titulación. Ni los estudiantes ni los administradores saben exactamente por qué los estudiantes de las universidades estadounidenses están dispuestos a pagar un precio tan alto por este paquete de experiencias, pero puede que estén a punto de descubrirlo. El choque externo del COVID-19 ha reducido a las escuelas de cuatro años a una delgada capa de servicios en línea durante al menos el semestre de otoño de 2020, y posiblemente el año académico completo y más allá. Las próximas seis semanas [a partir de finales de junio de 2020]

¹⁰⁶ Kevin Drum, *Here's a Look at the Future of Higher Education* [Aquí tienen un vistazo al futuro de la educación superior], Mother Jones (26 de mayo de 2020), <https://www.motherjones.com/kevin-drum/2020/05/heres-a-look-at-the-future-of-higher-education/>.

empezarán a revelar cuántos estudiantes seguirán pagando por todo el paquete mientras reciben solo sus dos elementos centrales: la enseñanza (virtual o híbrida) y la titulación.¹⁰⁷

Y el empresario y profesor de marketing Scott Galloway predijo que, dado que el valor de la educación ya se ha “degradado sustancialmente”, Google y otras grandes empresas tecnológicas se asociarán con las principales universidades para hacerse cargo del sector de la educación superior:

El futuro post-pandémico (...) implicará asociaciones entre las mayores empresas tecnológicas del mundo y las universidades de élite. *MIT@Google. iStanford. HarvardxFacebook*. Según Galloway, estas asociaciones permitirán a las universidades ampliar drásticamente el número de matriculados ofreciendo titulaciones híbridas en línea y fuera de línea, cuya asequibilidad y valor alterarán sísmicamente el panorama de la educación superior. Galloway, que también ha fundado su propia empresa de aulas virtuales, predice que cientos, si no miles, de universidades tradicionales desaparecerán y las que queden tendrán un alumnado compuesto principalmente por los hijos del 1%.¹⁰⁸

Gran parte de esto, con la sustitución de los DVD por internet, es bastante similar a lo que predijo con demasiada confianza a la AALS hace veinte años. Me equivoqué en ese entonces, o al menos, fui prematuro. ¿Tal vez esta ocasión sea diferente?

Mark Cohen, director general de Legal Mosaic, sostiene que, efectivamente, las circunstancias cambiaron:

En cuestión de semanas, la educación jurídica y la prestación de servicios se han transformado. La pandemia está ejerciendo una enorme presión sobre los tribunales para que hagan lo mismo.

¹⁰⁷ Dan Currell, *The Great Unbundling* [La gran desvinculación] (172), Legal Evolution Blog [Blog de Evolución Legal] (28 de junio de 2020), <https://www.legalevolution.org/2020/06/the-great-unbundling-172/>.

¹⁰⁸ James D. Walsh, *The Coming Disruption Scott Galloway predicts a handful of elite cyborg universities will soon monopolize higher education* [La disrupción que viene Scott Galloway predice que un puñado de universidades ciberneticas de élite pronto monopolizarán la educación superior], New York Magazine (11 de mayo de 2020) <https://nymag.com/intelligencer/2020/05/scott-galloway-future-of-college.html> (citando a Galloway).

La vieja guardia se aferrará a la esperanza de que estos cambios sean temporales. Señalarán la recesión precipitada por la crisis económica global de 2008 y sugerirán que la actual seguirá un curso similar. Esta vez es diferente. La tecnología y los nuevos modelos de suministro están mucho más avanzados que en 2008. Los consumidores tienen una mentalidad diferente y una mayor urgencia por resolver una lista creciente de complejos desafíos. El potencial de la tecnología y su capacidad para apoyar nuevos modelos, procesos y paradigmas ya está a la vista. El genio ha salido de la lámpara del derecho y no volverá.¹⁰⁹

Aunque mi historial en el departamento de la bola de cristal puede ser sospechoso, estoy de acuerdo en que existen algunas buenas razones para pensar que mis antiguas predicciones a la AALS tienen nueva vida. Sin embargo, mucho depende de la rapidez –o, si se prefiere, de la lentitud– con que Estados Unidos consiga controlar la pandemia de COVID-19. Para entender la trayectoria de esta posible transformación, es necesario observar cómo las escuelas de derecho han respondido a la pandemia.

Abriendo la puerta al aprendizaje en línea

El paso a la enseñanza en línea se produjo paralelamente a cambios repentinos en el entorno normativo. Los cambios, y las circunstancias que los exigían, estresaron tanto a los instructores como a los estudiantes, y generaron cierto rechazo.

Acciones de la ABA (y del servicio de control de inmigración y aduanas)

Como hemos visto, un programa completo de aprendizaje a distancia, y aún más, una verdadera Escuela de Derecho Virtual, habría violado las normas de acreditación de las escuelas de derecho de la ABA hasta antes de la pandemia. Pero las normas

¹⁰⁹ Mark A. Cohen, *COVID-19 Will Turbocharge Legal Industry Transformation* [COVID-19 impulsará la transformación del sector jurídico], Forbes (24 de marzo de 2020), <https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2020/03/24/covid-19-will-turbocharge-legal-industry-transformation/>.

prevén excepciones en caso de crisis.¹¹⁰ Y la ABA emitió rápidamente un ‘Memorando de Orientación’ en febrero de 2020, que en efecto daba a las escuelas de derecho un pase libre para trasladar los cursos a la enseñanza a distancia si no había una alternativa práctica.¹¹¹

Coincidentemente, incluso antes de que comenzara la pandemia, la ABA inició el proceso de modificación de sus normas para eliminar la prohibición rotunda de que las escuelas de derecho ofrecieran un “Programa de Derecho a Distancia”.¹¹² De hecho, a partir de las normas de 2021-2022, la ABA considera que la creación de un programa de derecho en línea por parte de una escuela de derecho es solo un “cambio sustantivo” según la norma 105.¹¹³ Los “cambios sustantivos” exigen que una escuela de derecho presente una solicitud para obtener la aprobación de la ABA antes de iniciar un programa total o mayoritariamente en

¹¹⁰ Véase ABA, *supra* nota 62, en § 107(a)(1).

¹¹¹ ABA, *Managing Director’s Guidance Memo: Emergencies and Disasters* [Memorando de orientación del Director General: Emergencias y catástrofes] 2 (2020), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/20-feb-guidance-on-disasters-and-emergencies.pdf (“El aprendizaje a distancia puede ser a menudo una buena solución para las emergencias o catástrofes que hacen que las instalaciones de la escuela de derecho no estén disponibles o que dificulten o imposibiliten el acceso de los estudiantes a la escuela de derecho”).

¹¹² Véase *Memorandum from ABA Council Chair Diane Bosse & Managing Director of Accreditation and Legal Education Barry A. Currier Re: ABA Standards and Rules of Procedure-Matters for Notice and Comment* [Memorando de la Presidenta del Consejo ABA, Diane Bosse, y del Director General de Acreditación y Educación Jurídica, Barry A. Currier, sobre las normas y reglas de procedimiento de la ABA: Normas y Reglas de Procedimiento del Colegio - Asuntos a notificar y comentar] (6 de marzo de 2020), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/3-6-20-notice-and-comment-memo-distance-ed.pdf; Accreditation Counsel Stephanie Griggs B (6 de mayo de 2020) (establece el nuevo texto propuesto de la norma 105(12)), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/council_reports_and_resolutions/may2020/20-may-council-standards-report-items-circulated-for-notice-and-comment.pdf (reporta sobre el progreso de la propuesta).

¹¹³ ABA, *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools* [Normas y Reglas de Procedimiento para la Aprobación de las Escuelas de Derecho 2021-2022], Norma 105(12), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/standards/2020-2021/2020-21-aba-standards-and-rules-for-approval-of-law-schools.pdf

línea, en lugar de obtener una exención real.¹¹⁴ Así pues, la ABA sigue desempeñando un papel en la revisión de los programas de derecho en línea, pero la puerta a ellos está, por primera vez, abierta de par en par.

Así, donde antes la ABA era un importante obstáculo para la Escuela de Derecho Virtual, ahora ya no lo es. Por un lado, la ABA ha aprobado el aprendizaje a distancia mientras dure la actual situación de emergencia,¹¹⁵ y a la fecha de este artículo (diciembre de 2021) no se vislumbra el final. Si los programas de aprendizaje a distancia puestos en marcha en respuesta a la pandemia tienen éxito, es difícil ver cómo la ABA podría dar marcha atrás sin abrirse a una deshonra pública importante, por no mencionar una nueva ronda de exposición antimonopolio.

Las puertas de los programas de derecho parcialmente virtuales empezaron a abrirse en 2021 tras los cambios en las normas de la ABA y la experiencia inicial de la enseñanza del derecho en caso de pandemia: la Universidad de Dayton, la Universidad Loyola (Chicago), la Universidad Seton Hall, la Universidad Southwestern, la Universidad Touro, la Universidad de Denver y la Universidad de New Hampshire Franklin Pierce pusieron en marcha programas de derecho híbridos,¹¹⁶ al igual que la Universidad Golden Gate,¹¹⁷ la Universidad Northeastern,¹¹⁸ la Universidad de

¹¹⁴ Véase Stephanie Francis Ward, *Law schools should have flexibility in responding to 'extraordinary circumstances'*, ABA House of Delegates says [Cámara de Delegados de la ABA dice que las escuelas de derecho deben tener flexibilidad para responder a 'circunstancias extraordinarias'], *ABA Journal* [Revista ABA] (3 de agosto de 2020, 4:18 PM), <https://www.abajournal.com/news/article/various-legal-ed-proposals-approved-by-aba-house-of-delegates>.

¹¹⁵ Véase, p. ej., ABA, *Extension of Existing Variances to Spring 2022* [Prórroga de las excepciones autorizadas vigentes hasta la Primavera 2022] (lista de 140 escuelas de derecho), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/2021/2021-nov-pandemic-variance-extensions.pdf.

¹¹⁶ Véase 2U Inc, *Online Juris Doctor Degree Programs for 2022* [Programas de derecho en línea para 2022], <https://onlinemasteroflegalstudies.com/law-degrees/juris-doctor/>.

¹¹⁷ Escuela de Derecho de la Universidad Golden Gate, *JD Flex Program* [Programa de derecho flexible en línea], <https://law.ggu.edu/academics/j—program>.

¹¹⁸ *Northeastern Law Launches Part-Time, Online and On-Campus FlexJD Option* [Northeastern Law lanza la opción FlexJD a tiempo parcial, en línea y en el campus], Escuela de Derecho de la Northeastern University, <https://law.northeastern.edu/northeastern-law-launches-part-time-online-and-on-campus-flexjd-option/>.

Seattle,¹¹⁹ y la Universidad de Suffolk.¹²⁰ Mientras tanto, la Universidad de California en Davis o UC Davis (clasificada por U.S. News como una de las cuarenta mejores escuelas de derecho), la Universidad Loyola (Los Ángeles), la Universidad de South Texas y la Universidad de Vermont presentaron solicitudes ante la ABA para que se les permitiera acceder a programas similares.¹²¹ La ABA también aprobó una solicitud más radical de la Escuela de Derecho de la Universidad de St. Mary en San Antonio, permitiéndole convertirse en el primer programa de derecho solo en línea, aunque a tiempo parcial, de los Estados Unidos, acreditado por la ABA.¹²²

Las escuelas de derecho esquivaron otro importante obstáculo normativo cuando, a principios de julio de 2020, la administración del presidente Donald Trump retiró rápidamente una propuesta normativa que habría exigido a los estudiantes extranjeros asistir al menos a una clase presencial para evitar la deportación.¹²³ Esto eliminó el espectro de un importante obstáculo legal para la educación totalmente en línea.

¹¹⁹ Universidad de Seattle, Flex JD [Programa de derecho flexible], <https://law.seattleu.edu/admission/degree-programs/flex-jd>.

¹²⁰ Universidad de Suffolk, Hybrid Online JD [Programa de derecho híbrido en línea], <https://www.suffolk.edu/law/academics-clinics/juris-doctor/hybrid-online-jd>.

¹²¹ Véase ABA, *Applications for Substantive Change* [Solicitudes para cambios sustanciales] (escuelas de derecho enlistadas antes del 11 de octubre de 2021)

¹²² Véase Nick Muscavage, *ABA Nod to St. Mary's U Online Law School A Turning Point* [El visto bueno de ABA para la escuela de derecho en línea de St. Mary es un punto de inflexión], LAW360 (31 de agosto de 2021, 10:03 AM), <https://www.law360.com/articles/1416701/aba-nod-to-st-mary-s-u-online-law-school-a-turning-point>; véase, además, St. Mary's University School of Law, Online J.D. Program [Programa de derecho en línea], <https://law.stmarytx.edu/academics/programs/jd/online-j-d-program>.

¹²³ Véase Miriam Jordan & Anemona Hartocollis, *U.S. Rescinds Plan to Strip Visas From International Students in Online Classes* [Estados Unidos anula el plan de retirar visas a los estudiantes internacionales que llevan clases en línea], The New York Times (14 de julio de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/07/14/us/coronavirus-international-foreign-student-visas.html>. El anuncio de la política rápidamente abandonada está en el Servicio de Control de Inmigración y Aduanas, *SEVP modifies temporary exemptions for nonimmigrant students taking online corsés during fall 2020 semester* [El Programa de Estudiantes y Visitantes de Intercambio modifica las exenciones temporales para los estudiantes no inmigrantes que realicen cursos en línea durante el semestre de otoño de 2020] (6 de julio de 2020), <https://www.ice.gov/news/releases/sevp-modifies-temporary-exemptions-nonimmigrant-students-taking-online-courses-during>.

Acciones de emergencia de las escuelas de derecho

Llegaron de diferentes maneras, pero la mayoría de las escuelas de derecho tomaron la mayoría o todas sus clases en línea en la primavera de 2020.¹²⁴ “Al menos tres cuartas partes de los estudiantes de derecho tomaron la mayoría o todos sus cursos en línea en los semestres de otoño de 2020 (75 %) y primavera de 2021 (79 %)”.¹²⁵ Anecdóticamente, los métodos incluían desde la publicación de diapositivas de PowerPoint en línea, hasta –más comúnmente– la de clases magistrales en vídeo y/o llevar las clases sincrónicas a través de Zoom o su equivalente.

Estos métodos se aplicaron con prisa y con pocas posibilidades de planificar o capacitar en el uso de la tecnología. Una encuesta informal realizada por Bridget Crawford y Michelle Simon reportó que el profesorado que cambió repentinamente a la enseñanza en línea lo encontró estresante.¹²⁶

Como era de esperarse, el cambio repentino e inesperado a la enseñanza en línea no estuvo exento de dificultades. Los escritos sobre la enseñanza en línea sugieren desde hace tiempo que requiere un enfoque propio, como dijo un académico: “el trasladar simplemente las clases presenciales a un entorno en línea no dará lugar a experiencias positivas para los académicos o los estudiantes”.¹²⁷ Un titular de Wired lo decía todo: “Este es el mo-

¹²⁴ “Para el otoño de 2020, alrededor de 80 escuelas se trasladaron a un formato completamente en línea, incluyendo dos escuelas del top 10: La Escuela de Derecho de Harvard y la Escuela de Derecho Berkeley de la Universidad de California. Alrededor de 70 escuelas siguieron siendo presenciales con medidas de seguridad, y las 50 escuelas restantes utilizaron un enfoque híbrido”. Michael Houlberg, *The Future of the Legal Profession: In Person or Virtual* [El futuro de la abogacía: presencial o virtual], Institute for the Advancement of the American Legal System Blog [Blog del Instituto para el Avance del Sistema Legal Estadounidense] (21 de octubre de 2021), <https://iails.du.edu/blog/future-legal-profession-person-or-virtual>.

¹²⁵ Gallup, *Law School in a Pandemic* [Escuela de derecho en una pandemia] 3 (2021), <https://www.accesslex.org/sites/default/files/2021-06/Law%20School%20in%20a%20Pandemic%20Student%20Perspectives%20on%20Distance%20Learning%20and%20Lessons%20for%20the%20Future.pdf>.

¹²⁶ Bridget J. Crawford & Michelle S. Simon, *Law Faculty Experiences Teaching During the Pandemic* [Experiencias del profesorado de derecho en la enseñanza durante la pandemia], 65 *Saint Louis University Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad San Luis, Misuri] 455 (2021).

¹²⁷ Kyngmee Lee, *Coronavirus: Universities Are Shifting Classes Online—But It's Not as Easy as It Sounds* [Coronavirus: Las universidades están cambiando las clases en línea, pero no es tan fácil como parece], Al-Fanar Media (19 de mayo de 2020), <https://www.al-fanarmedia.org/2020/03/coronavirus-universities-are-shifting-classes-online-but-its-not-as-easy-as-it-sounds/>.

mento del aprendizaje en línea. Para las universidades es un desastre total".¹²⁸ Reconociendo las tensiones que sufren tanto los estudiantes como el profesorado, muchas escuelas de derecho, incluida la mía, pasaron a utilizar la modalidad de aprobado total o parcial/reprobado en lugar de las calificaciones para la primavera de 2020.

Además de los problemas inherentes al aprender a enseñar en línea sobre la marcha, las escuelas de derecho tuvieron que hacer frente a las peculiaridades y los errores de cualquier *software* que adoptaran. Zoom, que fue la elección de muchos, demostró inicialmente ser vulnerable a los intrusos. Las noticias sobre el "zoombombing" por parte de intrusos que interrumpían las clases con contenidos pornográficos o racistas crearon una tensión adicional.¹²⁹

Reacciones del estudiantado y otras personas

El carácter apresurado del cambio a las clases en línea significó que las clases, tanto las pequeñas como las grandes, tuvieron que hacer la transición cuando aún estaban en marcha. En la medida en que los instructores recurrieron a herramientas sincrónicas como Zoom, su experiencia y la de sus estudiantes probablemente varió mucho dependiendo del tamaño de la clase y de los recursos técnicos disponibles tanto para el profesorado como para los estudiantes, así como de otros factores.

El tamaño de la clase fue claramente una variable importante. Lo sincrónico no se adapta bien, al menos no en plataformas como Zoom, además, al igual que otras herramientas sincrónicas, es vulnerable a varias fallas técnicas. En muchos casos, habría sido mejor para las clases grandes utilizar un enfoque mixto,

¹²⁸ Sabrina Weiss, This is online learning's moment. For universities it's a total mess [Es el momento del aprendizaje en línea. Para las universidades es un desastre total], Wired UK (2 de junio de 2020, 6:00 AM), <https://www.wired.co.uk/article/university-online-coronavirus>.

¹²⁹ Véase, p. ej., Comunicado de prensa, Kristen Setara, FBI Boston, *FBI Warns of Teleconferencing and Online Classroom Hijacking During COVID-19 Pandemic* [El FBI advierte del secuestro de teleconferencias y aulas en línea durante la pandemia de COVID-19] (30 de marzo de 2020), <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/boston/news/press-releases/fbi-warns-of-teleconferencing-and-online-classroom-hijacking-during-covid-19-pandemic> (habla de las interrupciones de las teleconferencias por imágenes y lenguaje pornográfico y/o de odio)

comenzando con la enseñanza asincrónica, e incluyendo “vídeos cortos, cuestionarios, respuestas cortas y tareas en grupo . . . y un componente sincrónico con discusiones ocasionales de Zoom, probablemente en grupos pequeños”.¹³⁰ Si bien ese pudo haber sido un buen consejo, no era algo que la mayoría de los instructores, quienes planearon un curso basado en la enseñanza presencial pudieran evocar fácilmente mientras aún estaban aprendiendo a usar sus nuevas herramientas. Y en la medida en que lo que había sido una clase grande ahora tenía secciones separadas, eso significaba más horas de enseñanza mientras se trataba de aprender a manejar las nuevas herramientas, y tal vez también, la presencia en casa de niñas o niños pequeños, madres o padres ancianos, cuartos abarrotados y más.

El estudiantado también se enfrentó a una serie de nuevos problemas causados por el cambio al aprendizaje en línea. Algunos estudiantes carecían de un ancho de banda adecuado en sus hogares. Al no poder acceder al campus, a las bibliotecas, a los cafés y a otros lugares con internet, les resultaba difícil seguir el ritmo de las clases que requerían vídeo, especialmente en tiempo real. Otros estudiantes carecían de un lugar tranquilo para trabajar, y se encontraban en familias u otros grupos de convivencia muy concurridos, sin espacio privado y con niños, mascotas o diversos tipos de ruido que dificultaban, tanto el estudio como la participación en línea. Por desgracia, algunos estudiantes simplemente carecían de hogar, al quedarse fuera de las residencias no tenían dónde ir, bien porque no tenían familia o porque venían del extranjero y no podían volver con su familia por motivos políticos, económicos o relacionados con la cuarentena.¹³¹

En su intento de persuadir al Comité de Examinadores de la Barra de Abogados de California para que cancelara el examen de la barra y ofreciera a los egresados de 2020 el privilegio del diploma

¹³⁰ Agnieszka McPeak, *Asynchronous Online Law School Teaching: A Few Observations* [Enseñanza asincrónica en línea en la escuela de derecho: Algunas observaciones] (12 de marzo de 2020), <https://ssrn.com/abstract=3553094>.

¹³¹ Véase Ezra Marcus & Jonah E. Bromwich, *What's the Value of Harvard Without a Campus?* [¿Cuál es el valor de Harvard sin campus?], The New York Times (11 de julio de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/07/11/style/harvard-students-coronavirus.html> (“Muchos estudiantes de primera generación y de bajos ingresos de Harvard sienten que la institución de élite les ha fallado”).

(es decir, permitir a los egresados de las escuelas de derecho ejercer sin tomar el examen de la barra), un grupo de defensa elaboró una encuesta en línea –una muestra no científica– en la cual se afirmaba que el 72.3% de los encuestados estaban preocupados porque “o bien no tendrán, o no están seguros de que vayan a tener, acceso a internet fiable y consistente para hacer el examen de la barra si se administra en línea”. Un número aún mayor, el 76.9%, declaró “no tener, o no estar seguro de tener, un espacio tranquilo y sin interrupciones para hacer el examen de la barra en línea”.¹³² Incluso si el número real de estudiantes que no pueden estudiar eficazmente a distancia fuera solo una décima parte de ese tamaño, eso seguiría significando que el paso al aprendizaje en línea causó graves dificultades a un número significativo, el siete por ciento de la población de estudiantes de derecho, y estas dificultades fueron causadas por la pobreza o el origen nacional.

Algunos estudiantes también tenían dudas sobre si estaban recibiendo el valor educativo completo por su matrícula. Una encuesta en línea realizada por TestMax, la empresa de preparación del Law School Admission Test (LSAT, Examen de Ingreso a la Escuela de Derecho), reveló que en el verano de 2020, el cincuenta y seis por ciento de los estudiantes de derecho encuestados dijo que su educación del último semestre fue “menos eficaz” debido al aprendizaje a distancia, mientras que solamente el treinta y siete por ciento dijo que no hubo “ningún cambio” al pasar del aprendizaje presencial al remoto.¹³³

¹³² *United for Diploma Privilege* [Unión por el privilegio del diploma], Impact Survey Fact Sheet [Hoja informativa de la encuesta de impacto] (8 de julio de 2020) (N=1424), https://drive.google.com/file/d/1inMy_Dv0ZnA9jsQIPmolmhIVgz12gp8Q/view.

¹³³ Survey Monkey, *How has COVID-19 impacted your legal education and career path?* [¿Cómo ha influido el COVID-19 en su formación jurídica y en su trayectoria profesional?], <https://www.surveymonkey.com/results/SM-T6PR9PDF7/>; véase, además, Mehran Ebado-lahi, *Law School Moves Online, Students Express Doubts* [La escuela de derecho se traslada a internet, los estudiantes expresan sus dudas], Attorney At Law (1 de julio de 2020), <https://attorneyatlawmagazine.com/law-school-moves-online-students-express-doubts> (TestMax encuestó a “más de 1,700 estudiantes de derecho … sobre los efectos de COVID-19 en su formación jurídica y sus perspectivas profesionales. Los encuestados fueron reclutados a través del correo electrónico y de las notificaciones *push* de la aplicación móvil. Los encuestados representaban una amplia muestra de usuarios de *TestMax* asisten a escuelas de derecho de todo Estados Unidos”). Richard Vedder, *Is a Law School Meltdown Coming?* [¿Se avecina un colapso en las escuelas de derecho?], Forbes.com (8 de junio de 2020), <https://www.forbes.com/sites/richardvedder/2020/06/08/is-a-law-school-melt-down-coming/> (afirmando la validez de la encuesta a pesar de la metodología).

De las quejas sobre la calidad a las quejas sobre el precio solo hay un pequeño salto. Casi el ochenta y siete por ciento del grupo de encuestados de TestMax pensaba que su educación sería excesivamente cara si el aprendizaje a distancia continuara del mismo modo en varios semestres futuros. En la misma línea, el Yale Daily News citó a un observador que decía que el hecho de que la Universidad de Yale siguiera cobrando la misma matrícula por una educación de grado solo en línea era “simplemente un asesinato (...) ¿Cuál es la diferencia si eres la Universidad de Phoenix o Harvard?”.¹³⁴

Al parecer, varios estudiantes de derecho consideraron que el producto en línea, o al menos la forma que se les ofrecía en otoño de 2020, era inferior a la versión presencial que esperaban. Como son estudiantes de derecho, interpusieron demandas colectivas para que se les devolviera el dinero (para ser justos, grupos de estudiantes universitarios de más de setenta universidades presentaron demandas similares).¹³⁵

¹³⁴ Matt Kristoffersen, *Fall 2020: More than half of Yalies consider time off if classes go online* [Otoño 2020: Más de la mitad de quienes asisten a Yale se plantean la posibilidad de posponer la inscripción si las clases son en línea], Yale Daily News (20 de junio de 2020, 2:58 PM), <https://yaledailynews.com/blog/2020/06/20/fall-2020-more-than-half-of-yalies-consider-time-off-if-classes-go-online/>. (citando al “experto en dotaciones”, Charles Skorina).

¹³⁵ Véase Angela Cappelli, *More Than 70 Universities Sued for Refunds Following COVID-19 Campus Closures* [Más de 70 universidades demandadas por reembolso después de los cierres de campus por COVID-19] Expert Institute (27 de abril de 2022), <https://www.expertinstitute.com/resources/insights/universities-sued-for-covid-19-refunds-following-campus-closures/>; véase, además, Associated Press, *Students at 25 colleges sue for refunds after campuses close because of coronavirus* [Los estudiantes de 25 universidades demandan el reembolso tras el cierre de los campus por el coronavirus] (5 de mayo de 2020, 4:04 PM), <https://www.nbcnews.com/news/us-news/students-25-universities-sue-refunds-after-campuses-close-due-coronavirus-n1200746> (citando a un estudiante de la Universidad Drexel que dice: “Simplemente no es la misma experiencia que tendría si estuviera en el campus”). Un grupo de estudiantes universitarios de la Universidad de Columbia obtuvo la aprobación judicial preliminar para el pago de un acuerdo por su reclamación en cuanto a la pérdida de acceso a las instalaciones del campus, las actividades estudiantiles y otros beneficios por los que habían pagado cuotas, además de un acuerdo por 4 millones de dólares para retirar su reclamación de reembolso de la matrícula, en *Re: Columbia University Tuition Refund Action* [Asunto: Acción de Reembolso de Matrícula de la Universidad de Columbia], No. 1-20-cv-04208 (JMF) (Distrito Sur de Nueva York, presentado el 3 de diciembre de 2021), una suma que pasó a cubrir la parte de los abogados por la resolución y otros gastos del litigio. Véase Max Jaeger, *Columbia U. Settles COVID-19 Tuition Refund Suit for \$12.5M* [La Universidad de Columbia firma acuerdo extrajudicial por 12.5 millones de dólares en relación con la demanda de reembolso de matrícula COVID-19], LAW360 (24 de noviembre de 2021, 3:50 PM), <https://www.law360.com/articles/1443432/columbia-u-settles-covid-19-tuition-refund-suit-for-12-5m>

En el caso Barkhordar contra Harvard, el demandante era un estudiante de segundo año de derecho que solicitaba la certificación de la acción colectiva en su nombre y en el de todos los estudiantes en situación similar de las doce escuelas de Harvard que otorgan títulos.¹³⁶ Alegó que la educación a distancia es y era “deficiente en prácticamente todos los aspectos: falta de instalaciones, falta de materiales, falta de participación eficiente en el aula y falta de acceso al profesorado. Además, se está privando a los estudiantes de la oportunidad de aprender en colaboración y del diálogo, la retroalimentación y la crítica en persona”.¹³⁷

Como resultado del cambio a un programa totalmente en línea, “el demandante tampoco ha podido conectar en línea con los profesores y los compañeros de clase al mismo nivel que en presencial y, del mismo modo, carece de la estimulación intelectual del entorno de aprendizaje presencial”.¹³⁸ Para empeorar las cosas, afirmó que tanto el trabajo como la calificación se hicieron más fáciles: “Las tareas y las expectativas de los profesores son menos rigurosas y se espera menos de los estudiantes”.¹³⁹ Además, como se indicaba en la demanda, la Escuela de Derecho de Harvard tenía previsto seguir siendo totalmente en línea en otoño de 2020, pero cobrando la misma matrícula que antes.

La demanda de Barkhordar alegaba que los estudiantes tenían la intención de asistir en persona, y que “una educación a distancia no vale ni remotamente” lo que la Escuela de Derecho de Harvard está cobrando y es muy diferente de lo que contrataron.¹⁴⁰ Esto, dice, equivale a un incumplimiento de su contrato, un contrato que, según alega, incluye un “acuerdo implícito . . . para completar su educación . . . en el formato tradicional presencial”.¹⁴¹ En otro apartado de la demanda se alega el enriquecimiento injusto, alegando que cobrar la misma matrícula que la

¹³⁶ Demanda de Acción Colectiva, Caso Abraham Barkhordar contra Universidad de Harvard 55, 73 (Distrito de Massachusetts, presentado el 6 de junio de 2020), https://images.law.com/contrib/content/uploads/documents/292/Barkhordar_v_Harvard_University_madce-20-11203_00010.pdf.

¹³⁷ *Id.* en 3.

¹³⁸ *Id.* en 16.

¹³⁹ *Id.* en 17.

¹⁴⁰ *Id.* en 68.

¹⁴¹ *Id.* en 84.

normal en estas circunstancias es “injusto e inequitativo”.¹⁴² En un tercer apartado se alega que Harvard es culpable de apropiarse indebidamente de los fondos por quedarse con todo el dinero de la matrícula de los estudiantes en el trimestre de primavera de 2020, mientras los obligaba a salir de las instalaciones del campus y de sus alojamientos en campus.

Así pues, Barkhordar alegó que el tribunal debía ordenar a Harvard que diera a los estudiantes un “reembolso proporcional de la matrícula y las cuotas (...) por cualquier (...) período académico realizado en formato en línea (...) Dicho reembolso debe ser proporcional a la experiencia significativamente menor que proporciona una educación en línea en comparación con una experiencia tradicional presencial”.¹⁴³ La demanda no abordó cómo se calcularía esta (supuesta) disminución de valor. Tampoco explicaba con claridad de qué parte en la redacción del contrato real entre los estudiantes y Harvard, o en los documentos asociados como el manual del estudiante, surge el “acuerdo implícito”.¹⁴⁴

A la jueza Talwani del Tribunal de Distrito de Massachusetts no le impresionó, pues consideró que no se había incumplido ninguna cláusula contractual suficientemente expresada, que el caso se distinguía de las demandas en las que las escuelas tenían una división de educación a distancia más barata, pero el demandante había pagado más por la versión presencial, y que la reclamación por enriquecimiento injusto no prosperaba, pues quedaba desplazada por la existencia de un contrato válido.¹⁴⁵ Una decisión posterior permitió algunas reclamaciones más específicas contra la Escuela de Derecho de Harvard, la Escuela de Educación de Harvard y la Escuela de Salud Pública de Harvard, ya que los demandantes habían modificado su demanda para alegar que los sitios web de estas escuelas habían promocionado específicamente las instalaciones del campus o las ventajas de trabajar con las comunidades circundantes¹⁴⁶.

¹⁴² *Id.* en 99.

¹⁴³ *Id.* en 70.

¹⁴⁴ *Id.* en 84.

¹⁴⁵ Véase el caso Barkhordar contra el presidente y miembros de la Universidad de Harvard, 544 Federal Supplement 3d 203 (Distrito de Massachusetts 2021).

¹⁴⁶ Véase el caso Barkhordar contra el presidente y miembros de la Universidad de Harvard, No. 20-CV-10968-AK, 2022 WL 605820 (Distrito de Massachusetts, 1 de marzo de 2022).

Demandas similares serán, si acaso, más difíciles en el futuro, ya que en la primavera de 2020 los estudiantes –como todos los demás– se vieron sorprendidos por el paso a la educación en línea, pero a partir del otoño de 2020 todos los estudiantes de derecho han sido advertidos de algún modo de que las clases serán en línea, o de que recurrir a la educación en línea podría ser posible, o incluso necesario.

A largo plazo: la enseñanza en la ‘nueva normalidad’

Tanto la realidad de la pandemia como la incertidumbre sobre su duración han creado, y siguen creando, grandes dificultades de planificación para las escuelas de derecho. Cualquiera de los posibles escenarios sanitarios que surja tendrá probablemente un efecto enorme sobre la medida en que se arraigue la incurción de la enseñanza del derecho en la enseñanza en línea.

Escenarios COVID-19

Aunque durante un tiempo pareció que la enseñanza presencial volvía a la mayoría de los campus, la repentina propagación de la variante Ómicron de COVID-19, combinada con las altas tasas de no vacunación en algunos lugares, sugiere que nos podríamos enfrentar a la necesidad de renovar las medidas de mitigación, aunque es evidente que el apetito popular por el uso de cubrebocas y el distanciamiento social, y aún menos el aislamiento, está agotado.

Mirando más allá, en principio, uno puede imaginar un *Escenario Alegre* en el que Ómicron nos asuste hasta conseguir una respuesta nacional y global suficientemente organizada como para que la pandemia de COVID se desvanezca y pase a formar parte de nuestras condiciones de fondo no muy diferente de nuestra temporada anual de gripe, o en la que los científicos logren una vacuna contra el pancoronavirus que realmente domine las variantes de COVID.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Existen múltiples esfuerzos intensivos para una vacuna que haga irrelevantes a la mayoría de las mutaciones del coronavirus. Véase Elie Dolgin, *Pan-coronavirus vaccine pipeline takes form* [El proyecto de vacuna contra el pan coronavirus toma forma], 21 Nature 324 (Mayo 2022), <https://www.nature.com/articles/d41573-022-00074-6>, pero véase Jon Cohen, *Why efforts to make better, more universal coronavirus vaccines are struggling* [Por qué están batiéndose los esfuerzos para hacer mejores y más universales vacunas contra el coronavirus] Science (27 de julio de 2022), <https://www.science.org/content/article/why-efforts-make-better-more-universal-coronavirus-vaccines-are-struggling>.

Menos alegremente, uno puede imaginar múltiples variaciones de un *Escenario Lento*, en el que el COVID-19 surge y se desvanece en oscilaciones lo suficientemente amplias como para producir medidas de mitigación que estimulen la instrucción en línea adicional.

Una versión aún peor, el *Escenario COVID Permanente*, imagina que el COVID-19 acaba mutando para socavar la eficacia del proyecto de vacunación del país. Entre estos extremos se encuentran los escenarios en los que el virus está esencialmente controlado, pero no totalmente, y hay brotes locales aleatorios.

El escenario que se materialice tendrá un efecto definitorio en la medida en que la mayoría de las escuelas de derecho puedan enseñar de manera presencial. En la medida en que no puedan enseñar en persona –ya sea causado por los cierres obligatorios por ley o por los temores razonables de infección de estudiantes, el profesorado y el personal–, las escuelas de derecho se verán obligadas a recurrir a la enseñanza a distancia, a la enseñanza asincrónica o a una combinación de ambas.

Mirando atrás a 2020, sabemos que un gran número de escuelas de derecho, incluidas Harvard¹⁴⁸ y Berkeley,¹⁴⁹ fueron totalmente virtuales en el semestre de otoño de 2020. Otras escuelas, como Yale¹⁵⁰ y la Universidad de California Irvine,¹⁵¹ adoptaron un modelo híbrido, con algunas clases presenciales, especialmente en el primer año, y otras en línea. Unas pocas escuelas atí-

¹⁴⁸ Véase Karen Sloan, *Harvard Law Will Remain Online-Only for Fall Semester* [Harvard Derecho seguirá siendo solo en línea durante el semestre de otoño], Law.com (3 de junio de 2020), <https://www.law.com/2020/06/03/harvard-law-will-remain-online-only-for-fall-semester/>.

¹⁴⁹ Véase Sebastian Cahill, *UC Berkeley School of Law to be conducted Entirely Online in Fall 2020* [La escuela de derecho de UC Berkely se impartirá totalmente en línea en otoño de 2020], Daily Californian (26 de junio de 2020), <https://www.dailycal.org/2020/06/26/uc-berkeley-school-of-law-to-be-conducted-entirely-online-in-fall-2020/>.

¹⁵⁰ Dean Heather Gerken, *A Message from Dean Gerken on the Fall Semester* [Un mensaje del Decano Gerken sobre el semestre de otoño] (1 de julio de 2020), <https://law.yale.edu/yls-today/media-inquiries/office-public-affairs/yale-law-school-covid-19-information>

¹⁵¹ Véase Paul Caron, *UC-Irvine To Be 100% Online For 2Ls/3Ls In Fall 2020; 1Ls May Choose To Be On Ground For 1 Or 2 Classes Each Week* [UC-Irvine será 100% en línea para los estudiantes de segundo y tercer año; los de primer año pueden elegir clases presenciales 1 o 2 clases cada semana] TaxProf Blog (27 de junio de 2020), https://taxprof.typepad.com/taxprof_blog/2020/06/uc-irvine-law-school-to-be-100-online-for-2ls3ls-in-fall-2020-1ls-may-choose-to-be-on-ground-for-1-o.html.

picas reanudaron la enseñanza normal presencial.¹⁵² A diferencia de la primavera de 2020, cuando muchas escuelas impusieron la modalidad de aprobado/reprobado a todos los instructores, en 2020-2021 y después la mayoría de las escuelas volvieron a las calificaciones regulares.

Lo que significan los escenarios para la escuela de derecho virtual

El 75% de los estudiantes de derecho que respondieron a la encuesta de TestMax dijeron que preferirían volver al campus una vez que fuera seguro hacerlo, pero eso también significa que uno de cada cuatro encuestados dijo que preferiría continuar con la educación a distancia incluso después de que la educación presencial volviera a ser normal.¹⁵³ Independientemente de la metodología de esa encuesta en línea, parece ciertamente plausible que al menos en la actualidad, la mayoría significativa de los estudiantes quiere volver a sus campus,¹⁵⁴ pero también, que existe una minoría significativa que prefiere estudiar desde casa o en otro lugar. Sin embargo, no sabemos cómo se desglosa este grupo desde el punto de vista geográfico, por credenciales, o por el tamaño, o el prestigio de las escuelas de derecho a las que asisten, todas ellas diferencias que podrían ser importantes.

Parece plausible que la fracción de la clase con preferencia por permanecer fuera del campus no hará más que crecer a medida que las habilidades y ofertas de educación en línea de los instructores de las escuelas de derecho mejoren con el tiempo y la práctica. Además, si los estudiantes se matriculan en un entorno de enseñanza totalmente en línea, o predominantemente en línea “combinada”, es posible que no experimenten la misma sensación de pérdida que los estudiantes que se inscribieron esperando una experiencia en el campus, aunque solo sea porque los que se matriculen después del COVID no sentirán tan intensamente lo que se pierden.

¹⁵² Véase, p. ej., *Universidad Liberty, Liberty University announces plans to fully reopen in August* [Universidad Liberty anuncia planes para reabrir totalmente en agosto] (2 de junio de 2020), <https://www.liberty.edu/index.cfm?PID=18495&mid=379980>.

¹⁵³ Véase Survey Monkey, *supra* nota 132.

¹⁵⁴ También puede haber padres que quieran recuperar su hogar. Cf. Walsh, *supra* nota 107. (citando a Galloway en relación con la matrícula universitaria: “Incluso la gente rica no puede tragarse la píldora de la matrícula si no implica enviar a sus hijos fuera durante cuatro años. Es como, ‘Espera, ¿mi hijo va a estar en casa la mayor parte del año? ¿Mirando la pantalla de una computadora?’”).

En la encuesta Gallup de 2021 sobre la satisfacción de los estudiantes de derecho con la enseñanza en línea, los estudiantes de primer año tenían un cincuenta por ciento más de probabilidades que los de segundo y tercer año de calificar la calidad de su programa de derecho como “excelente” o “bueno”.¹⁵⁵ Esto podría reflejar que los estudiantes de la clase superior están más hastiados, a diferencia de los estudiantes de primer año, quienes han elegido ir a la escuela de derecho sabiendo que podrían verse obligados a abandonar el aula, o podría reflejar que los estudiantes de primer año no saben lo que se están perdiendo. La encuesta también sugirió “que la percepción de los cursos de derecho en línea era mayor entre los estudiantes que tenían una experiencia más consistente o prolongada con el aprendizaje a distancia”, lo que los autores del estudio sugieren que puede demostrar que los instructores mejoran con más experiencia.¹⁵⁶

Si un gran grupo de estudiantes de derecho realmente llega a preferir la educación en línea, o incluso si simplemente se resignan a ella, entonces cuanto más dure la pandemia, más podría reducirse la demanda de educación en el campus. Además, la mayor parte de los cinco factores identificados en la anterior “Parte II” que han bloqueado el crecimiento de la educación virtual también se atenuarán con el tiempo. Los que no lo hagan pueden, sin embargo, verse superados por las circunstancias.

Normas de la ABA

Anteriormente sugerí que las normas de la ABA para la acreditación de las escuelas de derecho eran una de las principales razones por las que ni la educación jurídica a distancia ni la virtual prosperaron en las dos últimas décadas.¹⁵⁷ Al haber relajado sus normas por necesidad, ¿puede la ABA volver a imponerlas una vez que se vea que la pandemia esté terminándose? Esto parece poco probable. Incluso si conseguimos el Escenario Alegre, en el cual todo el mundo puede estar muy aliviado de volver a algo parecido a lo que estábamos en 2019, la posibilidad del aprendizaje a distancia está fuera de las manos de las normas de la ABA, al menos en lo que respecta a los estudios a tiempo parcial y a una fracción significativa de los créditos de clase superior.

¹⁵⁵ Gallup, *supra* nota 124 pág. 3.

¹⁵⁶ *Id.* pág. 15. Este hallazgo también podría reflejar un cierto sesgo de autoselección si los profesores gravitaran hacia aquello en lo que eran buenos.

¹⁵⁷ Véase *supra* § II.A.

Por el contrario, cuanto más dure la pandemia, más se acostumbrarán las escuelas de derecho y los estudiantes de derecho a enseñar y aprender completamente en línea. Aunque no me cabe duda de que muchas escuelas optarán por volver a un plan de estudios mayoritariamente presencial, es posible que una parte no lo haga, y otras opten por impartir ambos tipos de programas en paralelo.¹⁵⁸ Si se considera que la educación en línea es eficaz –y eso será objeto de un interesante debate– y no demasiado impopular, entonces será muy difícil que la ABA intente legislar la desaparición de la educación a distancia y/o virtual. De hecho, cualquier intento de prohibir cualquiera de ellas podría ser motivo de un caso convincente de antimonopolio.

Y por supuesto, si nos encontramos con una forma seria del Escenario COVID Permanente, en el que el virus muta, sigue siendo virulento y se resiste a la vacunación, entonces el distanciamiento social puede tener que convertirse en una característica permanente de nuestras vidas. Las aulas repletas pueden convertirse en una reliquia del pasado. Y en ese escenario, la cuestión de un cambio en las reglas de la ABA se vuelve discutible porque serán permanentes de *facto*.

Software insuficiente

Aunque los instructores que imparten clases a distancia y de forma virtual desde 2020-2021 tuvieron más tiempo para prepararse que para el cambio repentino del año anterior, el tiempo de preparación sigue siendo bastante limitado dada la magnitud de la tarea, especialmente en las clases grandes. Y el hecho es que la tecnología más utilizada en el otoño de 2020, o la primavera de 2021, simplemente no era lo suficientemente buena como para igualar o superar la calidad de la enseñanza presencial en la mayoría de los casos.

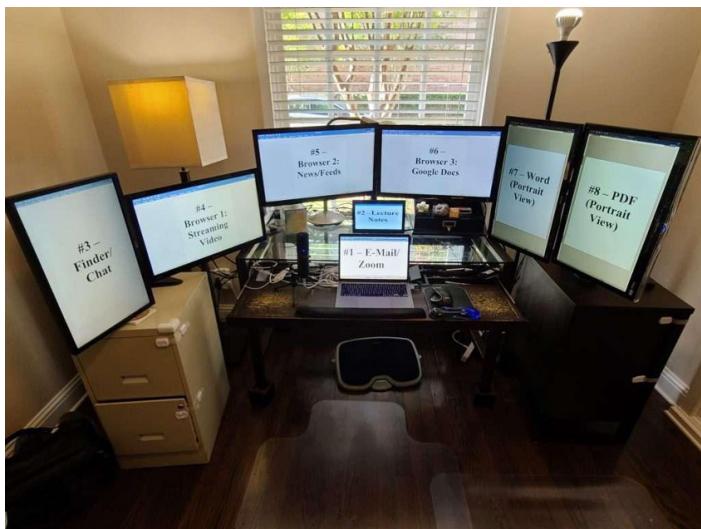
Zoom, que según todos los indicios era la plataforma más utilizada para la enseñanza sincrónica, está bien para las clases pequeñas, pero presenta muchos desafíos para las grandes.¹⁵⁹ Los

¹⁵⁸ Véase Andrew Strauss, *Post coronavirus: Legal education will never be the same. Online is here to stay* [Post coronavirus: La educación jurídica nunca será la misma. La educación en línea vino para quedarse], The National Jurist (10 de abril de 2020, 10:37 AM), <http://www.nationaljurist.com/national-jurist-magazine/post-coronavirus-legal-education-will-never-be-same-online-here-stay>.

¹⁵⁹ Ilya Somin, *Tentative Reflections on Online Teaching* [Reflexiones tentativas sobre la enseñanza en línea], Reason (7 de abril de 2020), <https://reason.com/2020/04/07/tentative-reflection-on-online-teaching/>.

instructores tienen que realizar varias tareas entre las notas, las diminutas imágenes de los estudiantes que abarcan varias pantallas o requieren cambiar de página, y un panel de discusión separado (o una herramienta de discusión externa). Tratar de seguir todo esto no es probable que mejore la enseñanza del profesorado. Los estudiantes también tienen que hacer malabarismos para tomar notas con los demás contenidos; si los estudiantes no pueden verse bien entre sí, es probable que sus interacciones también se vean afectadas, en comparación con un aula física.

El profesor Josh Blackman sugiere que los profesores necesitarán un teleprónter profesional para poder leer notas y mantener el contacto visual con la cámara o, de lo contrario, “los ojos se desvían”, lo que los espectadores perciben como “muy desconcertante”.¹⁶⁰ En lo que probablemente sea un enfoque extremo, él utiliza al menos ocho monitores, incluyendo una computadora portátil y un teleprónter, como se demuestra en una impactante fotografía de su espacio de trabajo para la enseñanza en línea que publicó en internet:



161

¹⁶⁰ Josh Blackman, *My New Eight-Monitor Display* [Mi nueva pantalla de ocho monitores], Reason.com (24 de mayo de 2020, 6:00 PM), <https://reason.com/2020/05/24/my-new-eight-monitor-display/>

¹⁶¹ *Id.*

Todos esos monitores, o incluso solo dos o tres, cuestan dinero, al igual que una computadora y una tarjeta gráfica capaces de hacerlos funcionar,¹⁶² Todo ello, antes de que el profesor o la escuela de derecho haya invertido en las licencias de software necesarias para ofrecer un contenido pregrabado de calidad o para impartir clases en directo en línea de forma eficaz y atractiva.

Blackman también ha sugerido que cualquier intento de impartir una clase numerosa interactivamente en línea debería incorporar un tomador de notas, aunque solo sea para gestionar el flujo de estudiantes voluntarios, ya que detectar las “manos levantadas” en *Zoom* y controlar el cuadro de chat distrae demasiado a alguien que intenta dar una clase.¹⁶³ En cambio, en un seminario más pequeño es más fácil controlar el flujo, y a menudo se puede invitar a los estudiantes a interrumpir cuando quieran contribuir.

Mientras tanto, los proveedores están presentando un repertorio de herramientas diseñadas para facilitar la enseñanza en línea mediante la creación de oportunidades de encuestas, cuestionarios y otros mecanismos de retroalimentación. Algunas son independientes, otras funcionan con Blackboard, Canvas, Moodle o PowerPoint. Cada uno de ellos requiere una decisión de licencia por parte de una escuela de derecho o un instructor, y la mayoría, si no todos, también requerirán algún tipo de formación. Era mucho para un verano.

Por otra parte, cuanto más tiempo se utilice la enseñanza por internet, más se agitará el mercado y se estandarizarán las buenas herramientas. Incluso la estandarización de herramientas adecuadas ayudará a controlar los costos de las licencias y el tiempo que tardan tanto los instructores como los estudiantes en acostumbrarse a la tecnología. Sin embargo, la estandarización también

¹⁶² Al parecer, el profesor Blackman considera que incluso este acomodo era insuficiente, ya que posteriormente la mejoró con un equipo aún más caro. Véase Josh Blackman, *My New Eight-Display Workstation with 4K and UltraWide Monitors* [Mi nueva estación de trabajo de ocho pantallas con monitores 4K y ultra anchos], Reason (20 de mayo de 2021, 9:00 AM), <https://reason.com/volokh/2021/05/20/my-new-eight-display-workstation-with-4k-and-ultrawide-monitors/>.

¹⁶³ Josh Blackman, *Another Proposal for the “Hybrid” Class* [Otra propuesta para la clase “híbrida”], Reason (18 de junio de 2020, 1:51 AM), <https://reason.com/2020/06/18/another-proposal-for-the-hybrid-class/>.

tiene sus costos, ya que puede imponer límites a los métodos de enseñanza y definir las relaciones de poder de los participantes. En efecto, cuanto más pretenda la enseñanza en línea potenciar el alcance de un instructor individual, más presión puede haber para las herramientas que limitan la capacidad de los estudiantes de salirse del guion.

Cuanto más dure la pandemia, y cuanto más aprendan los instructores y las instituciones cuáles tecnología les funciona y empiecen a dominarla, mejor será en general la enseñanza a distancia y virtual. Y cuanto mejor sea la enseñanza, más fuertes serán los argumentos para que continúe, o al menos, para que merezca un lugar junto a la educación tradicional presencial.

De hecho, incluso antes del inicio de la pandemia de COVID-19, iLawVentures, una filial de BarBri,¹⁶⁴ ofrecía un conjunto de clases de derecho a distancia bajo el nombre “iLaw” que invitaba a las escuelas de derecho a comprar y ofrecer para obtener créditos. La oferta para 2021-2022 incluye más de treinta cursos que van desde Derecho Administrativo, impartido por el profesor Carlton Waterhouse de la Universidad de Howard, hasta Testamentos, Fideicomisos y Patrimonios, impartido por el profesor Gerry Beyer de la Universidad Texas Tech.¹⁶⁵ Según iLaw, su “contenido del programa de derecho en línea no solo puede ayudarle a reforzar la oferta de asignaturas de su escuela, sino que también puede ayudarle con desafíos de su matrícula o de presupuesto, y atraer a futuros estudiantes”.¹⁶⁶ En 2020, iLaw informó que ya había “proporcionado contenido en línea a más de 12,000 estudiantes” y “trabajado junto al 25% de las escuelas de derecho acreditadas en Estados Unidos”,¹⁶⁷ aunque ninguna de las dos estadísticas identificaba qué fracción correspondía a estudiantes de derecho radicados en Estados Unidos.

¹⁶⁴ Véase Bar review leader BARBRI acquires iLawVentures, LLC, pioneer in legal education distance learning [BARBRI, líder en el examen de la barra, adquiere iLawVentures, LLC, pionera en la formación jurídica a distancia], Cision PR Newswire (17 de junio de 2017), <https://www.ilawventures.com/bar-review-leader-barbri-acquires-ilawventures-llc-pioneer-legal-education-distance-learning/>.

¹⁶⁵ Véase Fall 2021 & Spring 2022 Subjects [Asignaturas para otoño 2021 y primavera 2022], <https://legaled.barbri.com/spring-fall-subjects/> (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2021).

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Northeastern Law Launching Part-Time, Online and On-Campus FlexJD Option [Escuela de derecho Northeastern lanza la opción FlexJD a tiempo parcial, en línea y presencial], CISION PR Newswire (26 de enero de 2021), <https://www.prnewswire.com/news-releases/northeastern-law-launching-part-time-online-and-on-campus-flexjd-option-301215215.html>

Pedagogía/Formación de habilidades/Creación de redes profesionales

Una buena enseñanza en línea es más que el uso de la tecnología adecuada, aunque la tecnología es importante, ya que una tecnología suficientemente mala puede socavar incluso una enseñanza muy buena. Pero el cambio en la forma de impartir la enseñanza también ofrece la oportunidad de reexaminar qué es lo que ofrece la enseñanza del derecho. Al igual que una buena televisión no es una “radio con imágenes”, es probable que una buena enseñanza en línea no sea una clase tradicional con computadoras.

Como se señaló previamente, varios autores sugieren que el cambio a la educación mediada por computadora es una ocasión para adoptar el “aula invertida”, una estrategia de enseñanza en la que las clases se graban por adelantado y se asignan junto con las lecturas de clase. El tiempo de clase se reserva para realizar hipótesis y otros ejercicios de resolución de problemas diseñados para ayudar a los estudiantes a dominar y aplicar el material.¹⁶⁸

Aunque tiene sus fervientes partidarios, el aula invertida también tiene sus detractores, y no solo porque “el aula invertida son un reto para hacerlas bien, y exigen un conjunto de habilidades diferentes de los instructores acostumbrados a dar clases”.¹⁶⁹ A menos que las clases sustituyan a la lectura –lo que yo diría que sería una mala estrategia para formar a los futuros abogados– el efecto de grabar las clases y luego hacer los problemas significa que los estudiantes tendrán que dedicar más tiempo a hacer los deberes para cada clase, o que inevitablemente se descuidarán en una u otra. Si se “invierte” la carga de un semestre entero sin reducir la lectura, eso podría añadir otras doce o dieciséis horas de deberes semanales para un estudiante de derecho a tiempo completo, lo que sospecho que los estudiantes no apreciarían.

¹⁶⁸ Véase *supra* nota 68 y texto que le acompaña.

¹⁶⁹ Clair L. Jarvis, *The Flip Side of Flipped Classrooms* [La otra cara de las aulas invertidas], Chemical & Engineering News (C&EN) (17 de enero de 2020), <https://cen.acs.org/education/undergraduate-education/flip-side-flipped-classrooms/98/i3>.

Otros argumentan que las clases de derecho, o al menos las buenas, siempre han tenido algo de carácter invertido, en el sentido de que el instructor plantea hipótesis y pide a la clase, o a algún subconjunto desafortunado de la misma, que las resuelva.

Otros sugieren que, si el aprendizaje en línea requiere grupos pequeños, la educación superior debería pasar a algo parecido al sistema de tutorías de Oxbridge, una combinación de grandes clases magistrales con reuniones de grupos pequeños.¹⁷⁰ Pero esto tampoco está exento de dificultades:

El aprendizaje activo en línea supone mucho más trabajo para los profesores y otros instructores. Para un curso universitario con 20 estudiantes, dividido en cuatro tutorías de cinco alumnos cada una, nuestro tiempo de enseñanza podría cuadruplicarse. Y esa estimación no incluye el tiempo necesario para adaptar y grabar las clases para su visualización en línea.¹⁷¹

Sería irónico que el paso a la enseñanza en línea, que tan a menudo se promociona como un ahorro de costos, resultara de hecho tan intensivo en mano de obra como para aumentar los costos. La carga de trabajo del profesorado podría aumentar, pero eso funciona solo hasta cierto punto. Después de eso, el número de profesores tendría que aumentar, pero los salarios de los instructores probablemente se desmoronarían, al igual que su tiempo para la investigación, la institución de las plazas fijas y la idea de la escuela de derecho como parte de una universidad dedicada a lo académico en lugar de una escuela de comercio.

Otro problema es el de la educación experiencial. Sin embargo, insisto en que cuanto más dure la pandemia, más tendrá que adaptarse el propio sistema jurídico a la tecnología a distancia. Aprender a lidiar con el ejercicio socialmente distanciado de la abogacía será en sí mismo una habilidad crítica, que puede y quizás deba enseñarse a distancia. Comparecer ante los tribunales en línea, argumentar ante jurados socialmente distantes o re-

¹⁷⁰ Lisa Feldman Barrett, *College Courses Online Are Disappointing. Here's How to Fix Them* [Los cursos universitarios en línea son decepcionantes. Aquí está cómo solucionarlos], The New York Times (8 de julio de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/07/08/opinion/college-reopening-online-classes.html>

¹⁷¹ *Id.*

motos, por no hablar de consultar con clientes y coasesores remotos, ya son habilidades que los abogados en ejercicio están teniendo que enseñar ellos mismos con la práctica.¹⁷² Todo esto podría convertirse fácilmente en partes esenciales de un plan de estudios renovado de habilidades y educación clínica.

Sin embargo, está por ver hasta qué punto los valores informales de la escuela de derecho presencial pueden trasladarse a un entorno en línea. La encuesta de Gallup de 2021 sobre las actitudes de los estudiantes de derecho reveló que: “Menos de un tercio de los estudiantes que asisten a clases total o mayoritariamente en línea (31 %) afirman tener un sentido de comunidad con sus compañeros de la escuela de derecho, en comparación con casi la mitad de los que asisten a clases total o mayoritariamente presencial (48 %)”.¹⁷³ Dada la naturaleza improvisada de los acuerdos de emergencia, una pérdida temporal del diecisiete por ciento en esta métrica no es tan mala, pero podría ser un verdadero problema si la brecha persiste. La creación de redes profesionales, muchas actividades extracurriculares y la socialización sufrirán al menos al principio, y posiblemente a largo plazo. Tal vez la Generación Zoom lo resuelva, pero si lo hace, tendrá que enseñárselo también a las generaciones mayores.

Preocupación por el renombre

En la Parte II, sugerí que las escuelas de derecho que se planteaban pasar a una oferta virtual se habrían visto desanimadas por la inevitable asociación con lo que se consideraba, con razón o sin ella, como escuelas de baja calidad, tales como la Universidad Concord o de Phoenix. También en este caso la duración y

¹⁷² La ABA aprobó el ejercicio a distancia en diciembre de 2020, incluso si quien ejerce se encuentra fuera de la jurisdicción en la que está admitido, siempre y cuando los abogados no establezcan una oficina o anuncien sus servicios en la región en la que se encuentran. Véase ABA, Formal Opinion 495 [Opinión formal No. 495] (2020), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/aba-formal-opinion-495.pdf; véase además ABA, Formal Opinion 498 [Opinión formal No. 498] (2021) (debate sobre las normas éticas más susceptibles de ser violadas por la práctica a distancia) https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/aba-formal-opinion-498.pdf.

¹⁷³ Gallup, *supra* nota 124 pág. 4.

la naturaleza de la epidemia afectarán al resultado, pero dado el número de escuelas que ofrecen programas híbridos, la estampida puede haber comenzado ya.

En el Escenario de COVID Permanente, la cuestión es discutible: Todos lo están haciendo porque ninguno de nosotros tiene elección.

En el caso del *Escenario Lento*, tenemos que preguntar: ¿qué tan lento? Una vez más, si las reglas sobre el aislamiento, los cubrebocas y el distanciamiento duran lo suficiente, y la educación a distancia y virtual se normalizan, entonces, de nuevo, el estigma será mucho menor, y las probabilidades aumentan de que una escuela de primera, o varias escuelas de primera, hagan un compromiso importante en el área.

En el cada vez más improbable *Escenario Alegre*, es posible que muy pocas escuelas decidan mantener la mayor parte de su oferta basada en internet y que por tanto, las cosas vuelvan a la normalidad anterior al COVID. Sin embargo, incluso en este escenario, si los cursos en línea se consideran un éxito, y si una fracción significativa del alumnado prefiere estudiar desde casa, habrá presión para mantener la oferta virtual como parte del plan de estudios. Y si una escuela de primer nivel se compromete seriamente con la educación virtual, cualquier idea de estigmatización puede desaparecer para todos.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que desde el punto de vista de muchas escuelas de derecho, especialmente las que no están en lo más alto de los rankings de prestigio, sus preocupaciones por el renombre las atraparán en una especie de Trampa-22. Cuanto más se atenúen las barreras reputacionales para ofrecer una Escuela de Derecho Virtual de servicio completo o casi completo, más tendrán que enfrentarse las escuelas de derecho a la competencia de sus pares –o peor aún, de las escuelas con mejor ranking– que ofrecen un producto virtual, y algunas de las cuales pueden cobrar menos por ello.

Sin embargo, lo que significará esa competencia depende de cuestiones de capacidad y precio.

Preocupaciones económicas.

Los estudiantes esperarán pagar menos por una educación virtual que por una presencial. Como resultado, a menos que el Escenario Alegre se manifieste y rápidamente, parece más probable que todas las escuelas de derecho, excepto las más importantes, corran el riesgo de quedar atrapadas en una situación económica apretada.

Más arriba sugerí que cuanto más dure la pandemia, más podría reducirse la demanda de educación en el campus. La hipótesis alternativa es que la gente se hartará de estar tanto tiempo sola y querrá volver a los estilos de vida anteriores a la pandemia. Pero incluso si eso es correcto, ¿qué pasa si las escuelas de renombre hacen que toda o la mayoría de su oferta esté disponible en línea a un precio significativamente menor?¹⁷⁴

Las escuelas se resistirán a recortar los precios de la educación virtual, pero es casi inevitable que una o varias lo intenten. Entonces, la primera pregunta es qué cantidad de descuento podría tentar a un número suficiente de estudiantes a renunciar a la opción presencial, incluso si esa fuera su preferencia. Y la segunda cuestión es qué grado de reducción de precios será necesario para crear una presión competitiva para otras escuelas de derecho.

Próximamente: ganadores y perdedores 2.0

Siempre y cuando se perciba que la pandemia ha terminado, es posible que las escuelas de nivel inferior no tengan más remedio que seguir siendo virtuales, o volverse más virtuales, si el modelo virtual les permite ahorrar costos que puedan trasladar a sus estudiantes. Esto creará presión también en el nivel medio.

La cuestión del costo de producción de contenidos virtuales de calidad sigue siendo la mayor incertidumbre en cualquier predicción. Si los cursos son sincrónicos o asincrónicos, cómo estructuran las escuelas de derecho los programas, qué tecnología utilizan, quién dirige el componente en vivo y con qué frecuencia, todo esto y más influirá en el costo de dirigir un pro-

¹⁷⁴ Véase *supra* nota 134 y texto que le acompaña.

grama en línea. Cuanto más dure la pandemia, es decir, cuanto más pasemos del Escenario Alegre al Escenario Lento o incluso al Escenario Permanente, más tendrán que invertir las escuelas de derecho en educación a distancia, educación virtual o ambas. Así, cuanto más dure la pandemia, más se verán obligadas las escuelas de derecho a realizar inversiones financieras, humanas y de capital intelectual en nuevas formas de enseñanza. En algún momento, probablemente no muy lejano, el hecho de haber soportado los fijos y hundidos costos podría cambiar la ecuación general para algunas escuelas de derecho.

Una vez que unas pocas escuelas empiecen a ofrecer una opción en línea de menor precio, eso aumentará la presión sobre el resto. Incluso si las escuelas de élite no han entrado en el mercado antes de eso, la necesidad de al menos algunas escuelas de derecho de encontrar un ahorro de costos puede poner en marcha el mercado de los cursos en línea protagonizados por profesores de renombre o, mejor aún, por equipos de profesores de renombre.

Para que ese ahorro se materialice, las escuelas de derecho tendrán que reducir costos. La compra de contenidos puede suponer un ahorro de profesorado, pero no es gratuita y crea la necesidad de contar con profesores auxiliares *de facto* para atender las secciones de debate y calificar los trabajos y exámenes. A corto plazo, la dotación de esos puestos de trabajo con el profesorado existente generará, como mínimo, descontento, ya que el profesorado pierde el control del plan de estudios y se le pide que imparta una mayor carga académica.

Incluso si se puede ahorrar, las escuelas de derecho del nivel intermedio que consideren llevar las normas de la ABA al límite odiarán la idea de rebajar el precio y, por tanto, de perjudicar sus ofertas habituales de renombre. De hecho, las escuelas de nivel medio o medio-bajo se enfrentarán a la presión de todos los lados: las escuelas de menor prestigio comprando contenidos y cobrando precios bajos; las escuelas de nivel superior ofreciendo un campus de extensión virtual junto a su oferta ordinaria; y los rivales de nivel medio impartiendo clases virtuales a precios reducidos.

A menos que la demanda de las escuelas de derecho entre los estudiantes calificados aumente de forma tan significativa como consecuencia de los precios más bajos en línea –una visión de la elasticidad de la demanda de la cual hay pocas pruebas–, un número significativo de escuelas tendrá que reducir sus clases, bajar su nivel, unirse a la estampida virtual o cerrar el negocio.¹⁷⁵ Dicho esto, los pocos datos que tenemos sobre el precio son equívocos. Sabemos que en la última década las escuelas de derecho, aunque no redujeron el precio de las matrículas, sí redujeron los precios al aplicar descuentos a los estudiantes deseables.¹⁷⁶ Sin embargo, no hay pruebas de que esta discriminación de precios creara una avalancha de nuevos aspirantes, más bien, las escuelas compitieron para captar a los aspirantes con las credenciales más altas.¹⁷⁷ Por otro lado, la Escuela de Derecho Mitchell Hamline no hace descuentos por su oferta en línea y afirma que su programa de “aprendizaje mixto”¹⁷⁸ no ha perjudicado a su oferta presencial.¹⁷⁹ En 2020 Mitchell Hamline matriculó entre 210 y 240 estudiantes en el programa, frente a unos 175 en 2019.¹⁸⁰ Por el contrario, en 2014, Georgia Tech, una escuela de ingeniería muy valorada, fijó el precio de su maestría en informática en línea a una sexta parte del costo de su programa presencial. En 2020 contaba con “casi 10,000 estudiantes matricula-

¹⁷⁵ Las solicitudes de ingreso para las escuelas de derecho aumentaron un 13% para los estudiantes de nuevo ingreso de otoño de 2021, con un aumento también en las credenciales del grupo de solicitantes, a pesar del espectro de la educación en línea. Karen Sloan, *Law School Applicants Are Down, Breaking Five-Year Streak* [Los aspirantes a las escuelas de derecho bajan, rompiendo una racha de cinco años], Reuters (29 de noviembre de 2021, 2:51 PM), <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/law-school-applicants-are-down-breaking-five-year-streak-2021-11-29/>. Ese aumento, sin embargo, fue temporal pues las solicitudes de ingreso disminuyeron en un 0.4% frente al grupo de 2020.

¹⁷⁶ Véase *supra* nota 6 y texto que le acompaña.

¹⁷⁷ Véase *supra* nota 45 y texto que le acompaña.

¹⁷⁸ Mitchell Hamline, *Blended Learning at Mitchell Hamline* [Aprendizaje híbrido en Mitchell Hamline], <https://mitchellhamline.edu/academics/j-d-enrollment-options/blended-learning-at-mitchell-hamline/>.

¹⁷⁹ Véase Don Macaulay, *First “Hybrid” Law Students Graduate From Mitchell Hamline* [Los primeros estudiantes de derecho “híbridos” se gradúan de Mitchell Hamline], National Jurist (12 de enero de 2018), <https://www.nationaljurist.com/national-jurist-magazine/first-“hybrid”-law-students-graduate-mitchell-hamline>.

¹⁸⁰ Correo electrónico de parte del profesor Gregory M. Duhl, Director de Aprendizaje Híbrido, enviado a A. Michael Froomkin (27 de julio de 2020, 3:37pm) (en el archivo del autor).

dos, lo que lo convierte en el mayor programa de informática del país. Es de destacar que el grado en línea no ha perjudicado su flujo de ingresos en el campus. Por el contrario, abrió un prestigioso programa de estudios a una población diferente, en su mayoría aspirantes a mitad de carrera”.¹⁸¹

Hace veinte años predijo que las mejores escuelas, y los académicos, así como los profesionales de alto perfil, serían capaces de aprovechar sus nombres en los cursos que podrían vender a múltiples escuelas de derecho.¹⁸² En 2020, la Escuela de Derecho de Harvard anunció que su programa de introducción al derecho, “Zero-L”, sería gratuito para cualquier escuela de derecho interesada que quisiera adoptarlo en otoño de 2021: “Aunque fue diseñado para el estudiantado de derecho de Harvard, y los módulos son impartidos por su profesorado, el contenido cubierto en Zero-L es lo suficientemente amplio y universal como para que sea aplicable a cualquier escuela de derecho”.¹⁸³ La Escuela de Derecho de Harvard había puesto el programa Zero-L a disposición de otras cuatro escuelas de derecho en el verano de 2020, y afirmó que había obtenido “resultados positivos”.¹⁸⁴ Según el sitio web de Zero-L, los materiales cubren: “conceptos jurídicos esenciales de los cursos de primer año; la organización de los sistemas judiciales federales y estatales; cómo leer, analizar y resumir un caso; la profesión jurídica y las opciones de carrera para los estudiantes de derecho; las conexiones entre el derecho y otras disciplinas”.¹⁸⁵ Esta descripción suena más práctica y centrada que *The Bridge*, el esfuerzo anterior de la Escuela de Derecho de Harvard, que en su mayoría no tuvo éxito.¹⁸⁶

¹⁸¹ Hans Taparia, *The Future of College Is Online, and It's Cheaper* [El futuro de la universidad es en línea y es más barato], The New York Times (25 de mayo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/25/opinion/online-college-coronavirus.html>.

¹⁸² Véase supra nota 29 y texto que le acompaña.

¹⁸³ Karen Sloan, *Harvard to Offer Free 'Zero-L' Course for Incoming Students at All Law Schools* [Harvard ofrecerá curso gratuito para estudiantes de nuevo ingreso de todas las escuelas de derecho], Law.Com (20 de mayo de 2020, 2:13 PM), (con comentarios de Jessica Soban, decana asociada para iniciativas estratégicas de Harvard).

¹⁸⁴ *Id*

¹⁸⁵ *Course Overview* [Contenido general del curso], Zero-L por la Escuela de Derecho de Harvard, <https://online.law.harvard.edu/course-overview/> (fecha de consulta: 11 de julio de 2020).

¹⁸⁶ Véase supra notas 28, 98 y texto que les acompaña.

En 2021, 120 escuelas de derecho de Estados Unidos aceptaron la oferta abierta de la Escuela de Derecho de Harvard de acceso gratuito al curso *Zero-L*, lo que significa que el programa llegó a un total de casi 20,000 estudiantes. Pero para el año académico de 2022-2023, la Escuela de Derecho de Harvard “volverá a su plan prepandémico de ofrecer *Zero-L* como una herramienta educativa que otras escuelas de derecho pueden comprar por una tarifa razonable para compartir con sus estudiantes”,¹⁸⁷ lo que suena como una confirmación de mi predicción de que los nombres de élite producirían contenidos para vender a otras escuelas. Es posible que *Zero-L* incluya contenidos de orientación sustantiva que algunas escuelas no ofrecen hasta el momento. Pero debe preguntarse si los temas de Responsabilidad Civil y Derecho Contractual o, quizás, los módulos de Responsabilidad Civil y Derecho Contractual, no serán los siguientes.

De hecho, si yo fuera un decano asociado emprendedor en una escuela de derecho de renombre y quisiera ganar dinero para mi escuela vendiendo contenidos de cursos, me concentraría en la producción de módulos de una o dos semanas que ofrezcan perspectivas específicas que algunos instructores se sientan menos capaces de ofrecer, y que podrían utilizarse en las clases existentes de gran número de estudiantes. Algunos ejemplos podrían ser los enfoques de feminismo, de derecho y economía, o de teoría crítica de la raza para los cursos de primer año, y las estadísticas básicas para abogados.

El siguiente paso podrían ser programas más largos de un crédito, centrados en la legislación, la interpretación legal o los fundamentos del sistema jurídico internacional, adecuados para cursos cortos de un trimestre o para un programa intensivo entre sesiones. Solo entonces aspiraría a cursos especializados básicos, como Contabilidad Jurídica o Programación para Abogados. Pero incluso con este portafolio en la mano, pasar a impartir cursos generales con todos los créditos, como los equivalentes a Derechos Reales y Sucesiones o Sociedades Mercantiles, podría provocar cierta resistencia por parte de los clientes de las escuelas de derecho. Quizá sea mejor optar por asignaturas avanzadas o especializadas que las escuelas usualmente no pueden impartir.

¹⁸⁷ HLS News Staff, *For a second year, Harvard Law to offer pre-term 'Zero-L' course to other law schools for free* [Por segundo año consecutivo, Harvard Derecho ofrecerá gratuitamente curso propedéutico a otras escuelas de derecho], Harvard Law Today (20 de mayo de 2021), <https://today.law.harvard.edu/for-a-second-year-harvard-law-to-offer-pre-term-zero-l-course-to-other-law-schools-for-free/>.

Comprar un número considerable de cursos a proveedores externos, ya sea Harvard o *iLaw*, significa que una escuela de derecho sacrifica parte de su singularidad. Si se sacrifica lo suficiente, no hay ninguna razón para que los estudiantes le paguen a esa escuela de derecho en lugar de al proveedor de menor costo, aparte del efecto de acreditación del título. Pero si los mercados de credenciales no son completamente rígidos, cabe esperar que el valor de lasmismas cambie para reflejar el origen y la naturaleza de los cursos que se ofrecen. En ese punto, las escuelas de derecho se encuentran en la posición de los vendedores en línea de CDs de música: el producto parece una mercancía estandarizada y al cliente solo le importa el precio.

A diferencia de las escuelas de derecho de nivel medio y bajo, las pocas escuelas de derecho de primer nivel pueden adoptar un modelo de campus virtual sin perjudicar a su alumnado presencial. Aunque las escuelas de derecho de primer nivel ofrezcan un producto en línea a un costo algo menor, las escuelas de derecho más selectivas podrán mantener los precios de su producto presencial. En esto se parecen a las universidades de élite:

Las universidades de élite (...) tienen un enorme poder en el mercado. Pueden mantener los precios de las matrículas constantes e insistir en que los estudiantes se matriculen en sus condiciones, porque saben que pocos renunciarán a la oportunidad de graduarse con la clase de 2024 y cosechar una vida de estatus y conexión social. Si alguien decide lo contrario, hay una lista de espera interminable de aspirantes ansiosos por ocupar su lugar.¹⁸⁸

Las escuelas de nivel medio pueden verse sometidas a una presión mucho mayor para ofrecer más clases presenciales, ya que carecen del poder de mercado de las escuelas con mejor ranking.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Kevin Carey, *What Harvard and Your Local Commuter College Now Have in Common* [Lo que ahora tienen en común Harvard y su universidad local], The New York Times (8 de julio de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/07/08/upshot/virus-colleges-harvard-reopening.html> (predice que las universidades locales pasarán a ser mayoritariamente en línea, como las mejores escuelas, pero las universidades de en medio serán aplastadas).

¹⁸⁹ *Id.*

Hace veinte años sugerí que el auge de las Escuelas de Derecho Virtual provocaría que las escuelas de derecho existentes se dividan en cuatro grupos: (1) escuelas de élite; (2) escuelas estatales; (3) proveedores de bajo costo; y (4) perdedores.¹⁹⁰ Sin embargo, puede ser que esta predicción fuera ligeramente optimista.

En ese entonces pensaba que las escuelas estatales se mantendrían a flote gracias a sus legislaturas estatales. Pero los tiempos han cambiado, en general, los apoyos estatales directos representan una parte mucho menor de los ingresos de las escuelas de derecho, y las escuelas de derecho estatales han aumentado las matrículas en respuesta a ello. El apoyo federal en respuesta a la pandemia del COVID-19 ayudó a los presupuestos estatales a superar los gastos de emergencia relacionados con el COVID,¹⁹¹ y parte de ese nuevo dinero se destinó a la educación superior, en parte para compensar los recortes presupuestarios anteriores. No obstante, cuando los presupuestos estatales vuelvan a su tendencia normal, es probable que la generosidad estatal a la educación superior también vuelva a su tendencia, y las escuelas estatales puedan verse obligadas a ser las primeras en adoptar lo que surja a causa de las presiones presupuestarias. Así, las escuelas de derecho se enfrentan a un futuro en el que podría haber solo tres categorías: (1) escuelas de élite; (2) proveedores de bajo costo; y (3) perdedores. Y un gran número de escuelas de derecho podría entrar en la tercera categoría.¹⁹²

¹⁹⁰ Véase *supra* texto entre las notas 53-54.

¹⁹¹ Véase Asociación Nacional de Oficinas Presupuestarias Estatales, Summary, Fall 2021 Fiscal Survey of States[Resumen, Estudio Fiscal de los Estados de otoño de 2021] 2 (2021) (Gráfica 2), https://higherlogicdownload.s3.amazonaws.com/NASBO/9d2d2db1-c943-4f1b-b750-0fcfa152d64c2/UploadedImages/Issue%20Briefs%20/Fall_2021_Fiscal_Survey_Summary.pdf

¹⁹² Para agravar los riesgos, algunas escuelas de derecho pueden convertirse en perdedoras sin tener la culpa si la universidad de la que forman parte se hunde bajo el peso de los cambios en la naturaleza de la prestación de servicios de educación superior. Un análisis sugiere que "18 escuelas de derecho perecerán en un futuro próximo (porque su universidad perecerá). Es decir, 1 escuela entre las 50 mejores, 5 entre las 51-100, 5 entre las escuelas de derecho no incluidas en el ranking. Véase James Phillips, *Will My Law School Perish? [¿Mi escuela de derecho perecerá?]*, PrawsBlog (28 de julio de 2020, 8:10 PM), <https://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2020/07/will-my-law-school-perish.html> (resume un análisis de Scott Galloway, *USS University [Buque de los Estados Unidos, Universidad]*, ProfGalloway.com (17 de julio de 2020), <https://www.profgalloway.com/uss-university/>). La lista de los que perecerían incluye a la Universidad Campbell, Escuela de Derecho Cardozo (Universidad Yeshiva), Universidad Chapman, Escuela de Derecho Chicago-Kent, Universidad DePaul, Universidad de Detroit Mercy, Universidad Drexel, Universidad Elon, Universidad de Fordham, Universidad Hofstra, Universidad Loyola (Chicago), Universidad de Massachusetts-Dartmouth, Escuela de Derecho New England, Universidad Nova Southeastern, Universidad Pace, Universidad del Pacífico, Universidad Seton Hall y Universidad Willamette. Adicionalmente, se predice que otras "28 escuelas tendrán problemas". *Id.*

La historia no es mucho más alegre para el profesorado de las escuelas de derecho. Todos los escenarios pospandemia, salvo el de “volver a ser como antes”, son probablemente malos para el profesorado de derecho que trabaja fuera de las instituciones de élite. En general, los profesores de derecho también se encontrarán entre los perdedores, ya que se convertirán en profesores auxiliares para los cursos en línea de las instituciones de élite, o incluso de sus propias instituciones, o se les pedirá que imparten un gran número de secciones para que el tamaño de las clases sea manejable.¹⁹³

- La mayoría de los profesores de derecho que no son de élite pierden cuando la enseñanza se vuelve verdaderamente virtual. El modelo los convierte en profesores auxiliares *de facto* cuando las escuelas de derecho empiezan a comprar contenidos de académicos de renombre y los reduce a dirigir secciones de debate sobre material ajeno, además de calificar exámenes.
- La mayoría de los profesores de derecho que no son de élite pierden si las escuelas de derecho intentan proporcionar su propio contenido local sincrónico, porque se verán obligados a impartir más secciones. Alternativamente, las escuelas de derecho contratarán a más instructores y forzosamente, les pagarán menos.
- La mayoría de los profesores de derecho que no son de élite pierden cuando las escuelas de derecho que no son de élite intentan competir creando sus propios contenidos asincrónicos. Se espera que los profesores creen contenidos a los que cedan los derechos de propiedad intelectual. También se les pedirá que los actualicen con regularidad y sean los profesores auxiliares.
- La mayoría de los profesores de derecho que no son de élite pierden su sueldo, e incluso, sus puestos de trabajo a medida que las escuelas de derecho recortan las matrículas ante la creciente competencia de precios de las escuelas que ofrecen títulos a precio reducido con mucho contenido comprado.

¹⁹³ “Las escuelas de derecho pueden reducir costos de muchas maneras, incluyendo el no tener profesores con plaza fija que solo imparten ocho horas a la semana”. Sarah Martinson, *4 Ideas for Updating Law Schools Post-Pandemic* [4 ideas para actualizar a las escuelas de derecho tras la pandemia], Law360 (30 de agosto de 2021, 12:02 PM) (citando a Mark Cohen, fundador de Legal Mosaic, una empresa de consultoría jurídica de negocios), <https://www.law360.com/articles/1409538/4-ideas-for-updating-law-schools-post-pandemic>.

Dejaré que otros decidan si estos cambios representan una ganancia o una pérdida social neta, pero en cualquier caso no serán agradables para el profesorado de derecho, salvo en unas pocas escuelas.

Sin embargo, la cuestión más importante es si el estudiantado saldrá ganando o perdiendo como resultado de las convulsiones en la educación jurídica debidas al auge de la Escuela de Derecho Virtual. Ciertamente, si el ahorro financiero que llega a los estudiantes es grande, muchos de ellos se graduarán con menos deuda, lo que seguramente es bueno. Y si la demanda de la escuela de derecho es más elástica de lo que sospecho, entonces los precios más bajos permitirán que más personas disfruten de una educación jurídica, lo que persisto en pensar que es un bien; tal vez una mayor oferta de abogadas y abogados menos endeudados hará que los servicios jurídicos sean más asequibles para más personas, también es algo bueno.

Los que se desplazan al trabajo pueden estudiar desde casa.¹⁹⁴ El estudiantado con discapacidad podría tener menos dificultades en gestionar la accesibilidad de las instalaciones. Por otra parte, si el ahorro financiero resulta ser pequeño, entonces la Escuela de Derecho Virtual seguirá siendo realmente la respuesta a la adivinanza: “¿Cuál es la transmisión de vídeo más cara del mundo hoy en día?”¹⁹⁵

Pero la incógnita, por el momento, es lo que estos cambios supondrán para la calidad de la educación jurídica. Una parte de la respuesta es seguramente la favorita de los abogados: depende. Por un lado, depende de los estilos de aprendizaje y de las circunstancias personales del estudiantado. Parece probable que algunas personas aprendan mejor por su cuenta, al menos si tienen fácil acceso a la tecnología y al ancho de banda necesarios.

¹⁹⁴ Véase Amanda Morris & Emily Anthes, *For Some College Students, Remote Learning Is a Game Changer* [Para algunos estudiantes universitarios, el aprendizaje a distancia es algo revolucionario], *The New York Times* (26 de agosto de 2021), <https://www.nytimes.com/2021/08/23/health/covid-college-disabilities-students.html>.

¹⁹⁵ La forma original de esta adivinanza apareció en Reddit como: “P: ¿Cuál es la transmisión de vídeo más cara actualmente? R: La universidad.” REDDIT, (7 de octubre de 2020, 8:43 AM) https://www.reddit.com/r/Jokes/comments/j6q49y/what_is_the_most_expensive_videostreaming_service/.

Por otro lado, hay evidencia de que, al menos en el estado actual del arte, muchos estudiantes de licenciatura, y por tanto quizá también muchos estudiantes de derecho, pueden aprender más en las clases presenciales.¹⁹⁶

También es posible que, si los estudiantes se acostumbran más al aprendizaje a distancia y asincrónico en preescolar y en la universidad, estén mejor adaptados para afrontarlo en la escuela de derecho.¹⁹⁷ Y quizá también dependa de los estilos de enseñanza: algunos profesores pueden ser más adecuados para Zoom que otros.¹⁹⁸ Pero gran parte de la calidad del proceso de aprendizaje también depende de cosas que aún desconocemos, sobre todo, a medida en que los profesores de derecho descubran formas más eficaces de enseñar a distancia o desde una grabación. Otra incógnita es hasta qué punto los empleadores del sector jurídico cambiarán sus exigencias desde las credenciales tradicionales a la competencia demostrada tanto en las habilidades de la abogacía (al ritmo de MacCrate) como en las “habilidades blandas”¹⁹⁹ y cómo podríamos enseñar esas habilidades de manera remota.

¹⁹⁶ Véase Stephanie Riegg Cellini, Instituto Brookings, *How Does Virtual Learning Impact Students in Higher Education?* [¿Cómo afecta el aprendizaje virtual a los estudiantes de educación superior?] (13 de agosto de 2021) <https://www.brookings.edu/blog/brown-center-chalkboard/2021/08/13/how-does-virtual-learning-impact-students-in-higher-education/> (En Colombia, “los estudiantes de licenciatura en programas en línea obtienen peores resultados en casi todas las puntuaciones de los exámenes –incluidas las matemáticas, la lectura, la escritura e Inglés– en comparación con sus contrapartes en programas similares presenciales”).

¹⁹⁷ Véase *supra texto* en nota 156 (aclarando que los estudiantes de derecho de primer año –quienes podrían haber tenido clases virtuales en la universidad– se encontraban más satisfechos con las clases en Zoom que otros estudiantes).

¹⁹⁸ Cf. Ira Steven Nathenson, *Teaching Law Online: Yesterday and Today, But Tomorrow Never Knows* [La enseñanza del derecho en línea: Ayer y hoy, pero mañana nunca se sabe], 65 *Saint Louis University Law Journal* [Revista de Derecho de la Universidad Saint Louis] 607, 639-40 (2021) (sugiere que “a veces Zoom es mejor” que las clases presenciales); Neil Reisner, *I Miss Teaching on Zoom* [Extraño enseñar en Zoom], The Washington Post (26 de noviembre de 2021, 9:37 AM), <https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/11/26/college-classes-zoom-teaching-benefits/>.

¹⁹⁹ “La formación jurídica ha dejado de lado las “habilidades blandas”: colaboración, empatía, conciencia cultural, gestión de clientes y servicio al cliente. Eso cambiará, porque esos rasgos son cada vez más importantes para los profesionales del derecho en un mercado diverso, global, multidisciplinario y fluido. Las escuelas de derecho se han centrado en enseñar a los estudiantes a identificar problemas, no a resolverlos. Su pedagogía contempla la educación desde la perspectiva del abogado, no del cliente. Esto no prepara a los estudiantes para el derecho en la era del cliente”. Mark A. Cohen, *Post-Pandemic Legal Education* [Educación jurídica pospandemia], Forbes (13 de agosto de 2020, 5:58 AM), <https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2020/08/13/post-pandemic-legal-education/#c356e0575d2f>.

Y lo que es más inquietante, el paso a las aulas virtuales y a distancia conlleva el riesgo de exacerbar las disparidades de clase y riqueza, no solo causado por la brecha digital. Si el impulso a la enseñanza mediada por computadora se debe en gran parte por la necesidad de reducir los costos de las escuelas de derecho ante una nueva ronda de competencia en los precios de las matrículas, existe un peligro real de que se socave el actual sistema de apoyos financieros, por imperfecto que sea.

En la actualidad, los cálculos de los apoyos financieros basados en la necesidad económica tienen en cuenta el costo del alojamiento y la comida. Si esto siguiera así, si se esperara que los estudiantes estudien desde casa, sea lo fuere que signifique eso para los adultos, es desconocido, al igual que la forma en la cual las concesiones que se hagan, reflejen las diversas circunstancias geográficas y personales del estudiantado remoto.

Otra preocupación especulativa se refiere a las tasas de aprobación del examen de la barra. Incluso si la ABA renuncia a gran parte de su poder para bloquear la educación jurídica a distancia y virtual, es muy probable implementar la supervisión de las tasas de aprobación del examen de la barra de las instituciones que lo ofrecen.²⁰⁰ Es cierto que el examen de la barra, tal y como está constituido actualmente, es una medida muy pobre de lo que los estudiantes han aprendido sobre el derecho y del tipo de abogados que serán.²⁰¹ Sin embargo, las correlaciones probablemente sean válidas, y es posible que el examen de la barra se reforme para reflejar mejor la práctica real del derecho.²⁰² En cualquier caso, la tasa de aprobación del examen de la barra es importante para las escuelas de derecho, que pueden perder su

²⁰⁰ Estoy en deuda con Dennis Lynch por esta observación.

²⁰¹ "Escribir simplemente que el examen de la barra es objeto de críticas sería una subestimación colosal". Ben Bratman, *Improving The Performance Of The Performance Test: The Key To Meaningful Bar Exam Reform* [Mejorar el rendimiento de la prueba de rendimiento: La clave para una reforma significativa del examen de la barra], 83 UMKC Law Review [Revista de Derecho de la Universidad de Misuri-Kansas City] 565, 565 (2015).

²⁰² Véase, p. ej., Comisión ABA sobre el Futuro de la Educación Jurídica, *Principles for Legal Education and Licensure in the 21st Century* [Principios para la educación jurídica y la obtención de licencias en el siglo XXI] (2020), <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/future-of-legal-education/cfle-principles-and-commentary-feb-2020-final.pdf>.

acreditación si su tasa de aprobación en dos años cae por debajo del setenta y cinco por ciento.²⁰³

Si los estudiantes aprenden tan bien, o mejor en línea que en presencial, entonces no debería existir ningún problema en cuanto a la tasa de aprobación del examen de la barra para los proveedores virtuales.²⁰⁴ Pero cualquiera de los diversos factores especulativos podría hacer que los graduados de los programas en línea tengan tasas de aprobación del examen de la barra más bajas que sus homólogos.

En primer lugar, los cursos en línea podrían no ser tan buenos. En segundo lugar, algunos estudiantes podrían percibir erróneamente sus propios estilos de aprendizaje, sin ser conscientes de que no aprenden tan bien en línea.²⁰⁵ En tercer lugar, si la diferencia de costos es significativa,²⁰⁶ algunos estudiantes podrían elegir la opción en línea a pesar de ser más adecuados para un programa presencial. En cuarto lugar –especialmente si la demanda general aumenta en respuesta a la disminución del precio de las matrículas–, podría ser que los estudiantes que eligen la educación en línea tengan menos credenciales o menos preparación, o que sean materialmente diferentes en sus habilidades para rendir el examen de la barra que los estudiantes de derecho en general por alguna otra razón. Si por una o varias de

²⁰³ ABA, *supra* nota 62, Norma 316 (“Al menos el 75% de los graduados de una escuela de derecho en un año natural que presentaron el examen de la barra deben haber aprobado un examen de la barra tomado dentro de los dos años siguientes a su fecha de graduación”).

²⁰⁴ La excepción sería el modelo de campus virtual o campus de extensión, en el que una escuela de nivel alto admite a estudiantes en línea que no pasaron el corte para se les ofreciera una plaza presencial. Mientras solo las mejores escuelas adopten este modelo, uno puede suponer que la tasa de aprobación del examen de la barra, incluso para los estudiantes en línea con credenciales más bajas, seguirá siendo lo suficientemente alta para no provocar acción de la ABA.

²⁰⁵ Hay evidencia que sugiere que para una fracción sustancial de la población estudiantil el aprendizaje puramente en línea no funciona tan bien como el aprendizaje híbrido o presencial. Véase, p. ej., William T. Alpert, Kenneth A. Couch & Oskar R. Harmon, *A Randomized Assessment of Online Learning* [Una evaluación aleatoria del aprendizaje en línea], 106 *American Economic Review* [Revista Económica Estadounidense] 378, 381 (2016) (encuentra que en la clase de microeconomía “los resultados de aprendizaje se redujeron significativamente para los estudiantes en la sección puramente en línea en relación con los del formato presencial: esta diferencia es aproximadamente de entre cuatro a cinco puntos o la mitad de una calificación en letra”).

²⁰⁶ O, en el caso del modelo de campus virtual o de extensión, la diferencia de prestigio es sustancial.

estas razones, aquellos del grupo en línea aprueban el examen de la barra en menor proporción que sus homólogos presenciales, es probable que la ABA reaccione, aunque solo sea debido a la presión de las Cortes Supremas estatales, algunas de las cuales tienen fama de desconfiar de la formación a distancia desde hace tiempo, de todos modos.

De manera alternativa, los estudiantes del curso en línea podrían obtener mejores resultados que los estudiantes tradicionales. Si las escuelas virtuales atraen a mejores estudiantes, ya sea inicialmente o porque los aspirantes reaccionan a los informes de mejores resultados, eso dejaría a las escuelas presenciales con aspirantes menos capaces, lo que a su vez podría reducir sus tasas de aprobación del examen de la barra y crear problemas de mercadotecnia, y después, problemas de acreditación para algunas escuelas de derecho tradicionales.

En un tercer escenario, si las reducciones de las matrículas en las escuelas de derecho virtuales son lo suficientemente importantes como para atraer a un gran número de nuevos estudiantes, y estos estudiantes consiguen aprobar el examen de la barra al mismo ritmo que los demás estudiantes, es posible que las Cortes Supremas de los estados reaccionen ante la afluencia de nuevos abogados elevando la tasa de aprobación del examen de la barra.²⁰⁷ Las cortes podrían hacer esto de forma oportunista, viendo el gran número de sustentantes como una oportunidad para mejorar la calidad de la barra, o podrían hacerlo como una especie de medida de protección para reducir la competencia para los abogados que ya están ejerciendo, o podría ser principalmente por motivos de reputación.²⁰⁸

²⁰⁷ Para una crítica estadística de esta práctica, véase Deborah J. Merritta, Lowell L. Hargensa & Barbara F. Reskin, *Raising the Bar: A Social Science Critique of Recent Increases to Passing Scores on the Bar Exam* [Subiendo la vara: Una crítica de las ciencias sociales a los recientes aumentos de las puntuaciones de aprobación del examen de la barra], 69 *University of Cincinnati Law Review* [Revista de Derecho de la Universidad de Cincinnati] 929 (2001).

²⁰⁸ "Los estados quieren ser considerados tan duros como [inserte el estado aquí] (usualmente California o Nueva York) y consideran que elevar sus puntajes de admisión o aprobación como una forma de aumentar la reputación de la calidad de su barra local". Mary Wood, *Bar Exam Standards, 'Misapplication' to Law Schools Offer Obstacles to Minorities Seeking to Become Lawyers, Johnson Says* [Johnson dice que las normas del examen de la barra y la 'mala aplicación' en las escuelas de derecho suponen un obstáculo para las minorías que quieren ser abogados], Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia (23 de julio de 2013) (citando al profesor Alex M. Johnson), https://www.law.virginia.edu/news/2013_spr/johnson_qa.htm.

En cualquier caso, el aumento de la puntuación requerida para aprobar el examen de la barra corre el riesgo de tener una influencia excesiva en los estudiantes de derecho de comunidades históricamente desfavorecidas y desatendidas;²⁰⁹ el aumento de la puntuación mínima, también podría tener un efecto desproporcionado en las escuelas de derecho que más les sirven a estas comunidades.

Sería triste e irónico que la eliminación de la prohibición de escuelas porcorrespondencia por parte de la ABA –la cual inicialmente fue impulsada principalmente por el desdén hacia intrusos de clase baja que se decía ‘inundaban la profesión jurídica’²¹⁰ – tuviera el efecto involuntario de volver a levantar esas mismas barreras, ya sea económicamente o a través del examen de la barra. Sin embargo, a menos que la matrícula de la Escuela de Derecho Virtual 2.0 sea mucho más baja de lo que parece razonable esperar, es posible que no haga tanto por la crisis de los préstamos como uno esperaría. Y a menos que la tasa de aprobación del examen de la barra sea razonablemente estable, puede cobrar nueva vida el movimiento para impugnar la acreditación de las escuelas de derecho con bajas tasas de aprobación.

Dentro de cincuenta años, el profesor de derecho modal bien podría ser una inteligencia artificial que ofrezca un curso personalizado para cada estudiante. Tal vez la instrucción en grupo de un humano real, parezca extraña y arcaica, o esté reservada a los seminarios avanzados. Pero nada de eso va a ser así dentro de dos años, o incluso de diez. Así que a corto y mediano plazo necesitaremos una solución humana a los problemas de la pérdida de la enseñanza presencial, de las actividades grupales presenciales, e incluso, beber de manera presencial. Siendo realistas, aún no sabemos si vamos a hacerlo ni cómo, pero la crisis del COVID está obligando a mucha gente inteligente a trabajar en el problema.

²⁰⁹ Véase Alex M. Johnson, Jr., *Knots in the Pipeline for Prospective Lawyers of Color: The LSAT Is Not the Problem and Affirmative Action Is Not the Answer* [Nudos en la tubería para los futuros abogados de color: el examen de admisión a la escuela de derecho no es el problema y la acción afirmativa no es la respuesta], 24 *Stanford Law & Policy Review* [Revista de Derecho y Política de la Universidad de Stanford] 379, 406 (2013) (“los recientes esfuerzos de muchas barras estatales por elevar sus puntajes de aprobación claramente han tenido un impacto perjudicial en las minorías, las que desafortunadamente están desproporcionadamente en la parte inferior”).

²¹⁰ Véase supra notas 20-22 y texto que les acompaña.

La mayoría de los cambios que predije hace veinte años aún no se han manifestado. Sin embargo, en lugar de confesar mi error, afirmaré que la mayoría de mis predicciones fueron un poco prematuras. ¿Nos vemos, tal vez virtualmente, dentro de veinte años?

Compilador

Sergio Iván Anzola Rodríguez

Coordinador de Educación Jurídica en el CEEAD y Profesor de cátedra en la Universidad de los Andes (Colombia). Es abogado y doctor en derecho por la Universidad de los Andes (Colombia).

Autores

Martín Böhmer

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Torcuato di Tella.

Es abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master (LLM) y Doctor (SJD) en derecho por la Universidad de Yale.

Bryant G. Garth

Profesor Emerito de la Facultad de Derecho de University of California Irvine. Codirector del Centro para la Investigación Empírica de la Profesión Jurídica. Es abogado por la Facultad de derecho de la Universidad de Stanford y PhD European University Institute.

A. Michael Froomkin

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami.

Es abogado por la facultad de derecho de la Universidad de Yale. M.Phil en Historia de las Relaciones Internacionales Cambridge University.

Educación Jurídica en Contexto reúne tres artículos escritos y publicados previamente en revistas académicas por Martín Böhmer, Bryant Garth y Michael Froomkin. Cada uno fue producido en contextos y momentos diferentes, pero todos comparten un mínimo denominador común: pensar la educación jurídica y su transformación en un contexto social más amplio.

CEEAD

Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C.

ceead.org.mx

+52 (81) 1766 - 1198 / (81) 2055 - 0628
Miguel Nieto 440 Sur Col. Centro Monterrey,
Nuevo León, 64000 México
