J. Rogelio Llerena Quevedo

UNIVERSIDAD Y ESTUDIANTE

Naturaleza Jurídica de la Relación Estudiantil

Hacia un Derecho Universitario

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
Fondo Editorial 1976

J. Rogelio Llerena Quevedo

UNIVERSIDAD Y ESTUDIANTE

Naturaleza Jurídica de la Relación Estudiantil

Hacia un Derecho Universitario

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
Fondo Editorial 1976

INDICE

A mis padres, Rogelio y Rosa.

A Rosa, Ursula y Rogelio.

INTRODUCCION

En 1951, Julián Marías escribía un valioso ensayo sobre la Universidad en el siglo XX, a pedido de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con motivo de su cuarto Centenario. Fue publicado bajo el título de La Universidad, Realidad Problemática. Creo que estas palabras expresan a la Universidad de siempre. Para el pasado fueron resumen; para los últimos veinte años, proyección o profecía. La Universidad ha devenido entre las realidades más problemáticas de la cultura humana. Y es que se trata de una realidad sustancialmente relacional. Ante todo, la Universidad es "conductual" en su sentido más amplio, es un modo de proceder. Y es un modo de proceder frente a otros. "Ya va siendo hora de que se imponga la certeza de que lo que se llama talento es en buena parte, una condición moral", decía el mismo Julián Marías en El Método Histórico de las Generaciones. En el fondo, ligar el talento a la condición moral es ligarlo a su modo de proceder. Precisamente la Universidad representa el talento en acción, el talento como procedimiento, pero como procedimiento dialogal, "bilateral". Pero un diálogo interior al grupo, pudiera resultar un monólogo grupal. Por eso es esencialmente dialogal y abierta, por eso es un servicio, no privado, sino público, un servicio a todos, "erga omnes". Los alumnos, y naturalmente los profesores, son intermediarios del servicio esencial. La Universidad debe formarlos, no como destinatarios del servicio, sino como capaces de servir: de 'servir-a' y no de 'servirse-de'. Aquí está

la justificación de su incorporación a la Universidad. Cabe, pues, invertir la figura: el estudiante no es parte de la Universidad por 'derecho' natural, sino por 'obligación' natural. Su obligación pública está dada, y no es transferible.

Pero la Universidad, precisamente por ser servicio, debe ser socialmente eficaz. No puede cumplirse solamente en el plano moral. Tampoco se trata de conductas que puedan ser condicionadas por la presión difusa de las espectativas sociales o por los simples usos. La curva natural de complejificación o corpusculización de que nos habla Theilhard de Chardin, no se ha dado solamente en los organismos vivos, sino que se ha continuado en la sociedad y en los organismos sociales. Esta complejidad responde, entre otras causas, a la intensificación de la comunicación, al desarrollo del conocimiento y al crecimiento social. El Estado ya no es la ciudad-Estado de los griegos; la Universidad, ya no es la Academia o el Liceo, ni París, ni Bolonia. El proceso de despersonificación de las relaciones sociales, ha afectado también a la "universitas magistrorum et scholarium", hasta casi hacer naufragar la relación "cara a cara" y hacer prevalecer la organización y el procedimiento. Paralelamente, se ha producido una intensificación de la juridización de las relaciones implicadas en la Universidad. Pero la situación jurídica, no es necesariamente heterogénea respecto del carácter de las comunidades, como lo ha demostrado Hauriou.

El Derecho entonces, ya no significa solamente la protección de los intereses del lobo humano frente al lobo humano, sino la regla de organización social y de gestión eficaz del bien común. De la neutralización del choque de apetencias, se pasa a la estimulación de las fuerzas constructoras; de la usura de las propias conveniencias, a la inversión del esfuerzo en la obra común. Es verdad que la comunidad universitaria, no es más la comunidad familiar; pero el 'afecto' al objeto de la relación continúa trascendiendo al propio yo. La comunión familística sólo puede entenderse en función de la persona misma del otro; la comunión universitaria, en función de la persona del otro, en cuanto talento. Pero la antinomia entre 'afecto' y razón, puede torcer la justicia y el afecto y la razón; por

ello el equilibrio de la naturaleza de las cosas y de las situaciones debe mantenerse por medio de un gran sistema social de retro-control o retro-alimentación: el Derecho. Las Universidades modernas ya no pueden gobernarse por medio de técnicas caseras, adecuadas a grupos menores y más simples y a una época de 'artesanado' no siempre felizmente superada. Por ello, en los hechos de la Universidad, puede descubrirse fácilmente un estado de cosas jurídico: por ello, el Derecho está también en la Universidad.

Pero la Universidad es básicamente libertaria. La libertad es su atmósfera; y sin ella, la asfixia, inevitable. Sin ella, como sin aire, sería imposible repetir siquiera la corrosiva pregunta de Lenín: "la libertad, ¿para qué?". La Universidad puede entenderse como respuesta y como desafío: es la institucionalización de la libertad como servicio, y de la pregunta como respuesta. Pero del mismo modo que la pregunta, al tender a una respuesta lleva en sí misma el sino de su muerte y de su resurrección, la libertad lleva en sí misma, con la opción a la que tiende, el sino de su muerte y de su resurrección. Por eso, toda opción es un 'establishment' y toda 'revolución' un renacer de la libertad. Ser libre, en verdad, es estar sujeto a la dialéctica de la libertad y no a la permanente indefinición. Por eso, ser libre es construir el Derecho y ser capaz de cuestionarlo.

Quizá la única sociedad humana a quien cabe exigir de sus denarios la utopía es la Universidad. La función ejemplar es su desafío.

En este trabajo intento una exploración del Derecho de la Universidad. El asunto admite un tratamiento riguroso y profundo, aunque ciertamente la pretensión está más allá del logro. Insisto porque crèo que el Derecho tiene, además de la función tutelar, una función educativa. Y que, así como la Universidad se esfuerza por preparar cuidadosamente la información científica que trasmite, debe cuidarse de trasmitir, a través de sus fenómenos jurídicos, sus significaciones, sus valores y sus normas. Si este trabajo provocara alguna preocupación por el tema, quizá la audacia pudiera ser disculpada.

CAPITULO 1

PRESUPUESTOS DE ORDEN GENERAL Y METODOLOGICO

1.1.

"Todo pensamiento jurídico —dice RADBRUCH— lleva necesariamente en sí la huella del "clima histórico" en que nace, permanece casi siempre circunscrito de antemano, inconscientemente, dentro de los límites de lo históricamente posible y se halla sujeto, en este sentido, a la naturaleza de las cosas" [1]. Esta "naturaleza de las cosas" está en la base de la problemática del Derecho natural y por ello en la base misma de la problemática del Derecho. Puede rastreársele ya en la dicotomia clásica **physis-nómos,** en cuanto fundamenta la distinción entre orden natural y regulación humana, entre las normas jurídicas fundadas en la naturaleza del hombre [2] y las normas contingentes de la voluntad estatal [3]. Si a esto se agrega que a

---

1 RADBRUCH, Gustav ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— México, F. de C.E., 1955.— P. 29.

2 RADBRUCH (Ibid., pp. 25 y ss.) se refiere a la "naturaleza del hombre" como factor constante y a la "naturaleza de las cosas" como factor variable en la filosofía del Derecho. Cabe notar al respecto que "naturaleza de las cosas" o simplemente "naturaleza" encierra un concepto más comprensivo: la racionalidad humana pertenece así a la "naturaleza de las cosas ". Este es el sentido de la declaración de ULPIANO: el Derecho natural es lo que la naturaleza enseña a todos los seres vivientes (animalia) (Digesto, I, 1, 3). "Lo que la naturaleza enseña" es lo que luego GENY pensará como reglas racionales que emanan de la "naturaleza de las cosas". Cfr. BONDEHEIMER, Edgar .. Teoría del Derecho México, F. de C.E., 1964.— P. 216.

3 Debe aclararse, sin embargo, que la distinción no tuvo originariamente carácter de dicotomía antitética. Ley y naturaleza constituían una unidad esencial en la primera etapa del pensamiento griego. Sólo durante la crisis religiosa y social de la época de Pericles y los años subsiguientes se quiebra esa unidad y surge "una antítesis cada vez más radical entre regulación humana y orden natural".

Cfr. VERDROSS, Alfred ... Filosofía del Derecho del Mundo Occidental.— México, UNAM, 1962.— Pp. 39 y ss. Asimismo WELZEL Hans ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— Madrid, Aguilar, 1971.— Pp. 3 y ss.

partir de la sofística "la antítesis, **physis-nómos**, domina a la doctrina jurídica de los griegos" (VERDROSS) [4] y se convierte en parámetro de dos milenios de reflexión sobre el Derecho natural (WELZEL) [5], se comprenderá la importancia del concepto de la "naturaleza de las cosas" para toda investigación jurídica.

Pero el Derecho natural, tan fuertemente arraigado en el pensamiento jurídico de Occidente, "no es una vasija de contenido unitario" [6]. En razón de ello se afirma la distinción entre concepto e **idea del Derecho natural** [7], pues en la aprehensión conceptual del Derecho natural no se encuentra unidad, sino una gran diversidad de doctrinas en torno a una idea: la existencia de un "verdadero Derecho" o "Derecho correcto" [8].

Se le entienda como necesidad de coherencia en la explicación racional del mundo a partir de un **Lógos** eterno [9], es

---

4 VERDROSS, Alfred ... Op. cit., p. 40.

5 WEZEL, Hans ... Op. cit., pp. 3 y ss.

6 BELING, citado por HENKEL, Heinrich ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— Madrid, TAURUS, 1968.— P. 645.

7 Para STAMMLER, quien formuló por primera vez la distinción, **idea** y **concepto** del Derecho no son otra cosa que **forma** y **contenido**. .En la forma —idea del Derecho natural— encuentra permanencia; en el contenido —concepto—, una constante mutación. De allí su fórmula: "Derecho natural de contenido variable".

STAMMLER pensaba que el **concepto del Derecho** debía ser definido de modo que cubriese todas las manifestaciones y formas del Derecho en la historia. Cabe, pues, destacar que dicho concepto apunta a datos de la experiencia. Así, según su concepto, el Derecho es "un querer entrelazante, autárquico e inviolable".

Cfr. BODENHEIMER, Edgar ... Op. cit., p. 199; LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Filosofía del Derecho.— Barcelona, Bosch, 1953.— P. 93.

En STAMMLER el concepto del Derecho es constitutivo; la idea del Derecho "sólo" regulativa.

Cfr. WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 195.

8 HENKEL, Heinrich ... Op. cit., pp. 643 y ss.

9 Para el griego, **"lógos"** significa "el extraño poder (del hombre) de entender y manifestar lo que hace en todas sus dimensiones, al hombre que hace y a las cosas que hace, **ta prágmata**" (ZUBIRI, Xavier ... Naturaleza, Historia, Dios.— Bnos. Aires, Ed. Poblet, 1948.— P. 177). Junto con el término **nous** (y los verbos correspondientes **légein** y **noein**), **lógos** asume las funciones semánticas de nuestra expresión "razón" (etimológicamente originada en el latín, "ratio") (MARIAS, Julián ... Introducción a la Filosofía.— Madrid, Ed. Rev. de Occ. S.A., 1967.— Pp. 197, 205 y 208). Dentro la riqueza semántica de **lógos**, destaca su núcleo significativo: "dar cuenta o razón de algo", la "razón que se da" de lo que se "ve" (**noein** significa ver en el sentido visual y en el de percibir con la mente, aprehender; y derivadamente, pensar o considerar, concebir). Pero se trata no de significaciones aisladas, sino en relación: "la idea de conexión está en la raíz misma del concepto de lógos" (Ibid. p. 202

decir, como fundamento legitimador del orden legal; como necesidad de criterios para una estimativa jurídica, teoría del Derecho justo ideal o instancia de control [10]; o como creencia y actitud subyacente a toda revolución [11], etc., la discusión gira en torno a un Derecho que podría o debería ser —o a su negación—, capaz de fundar la crítica jurídica del Derecho positivo o el cuestionamiento del **"establishment"**.

La **"idea"** del Derecho natural adolece sin embargo de un formalismo que, aun considerado como metódico, requiere preguntarse por los contenidos. La misma variabilidad conceptual tendría que desembocar más allá de su enunciado ("Derecho natural de contenido variable" en STAMMLER) [12].

---

y 207) Así la dialéctica que busca el **lógos** busca encontrar la interconexión de los conceptos (HIRSCHBERGER, Johannes ... Historia de la Filosofía.— Barcelona, Ed. Herder, 1961.— T. I., 70 y ss.). "La visión noética recibe su plenitud en el **lógos**, que **dice** lo que las cosas **son**, y lo que son —el on* o ente— sólo se manifiesta al **nous** ... Y en PLATON la forma de posesión de la realidad vista —las **ideas** o 'aspectos'— es la **dialéctica**, el movimiento del **lógos** mismo y por eso su expresión es el **diálogo**. Esto muestra la profunda conexión interna entre el **nous*** y el **lógos***, y el sentido helénico de la **razón** (MARIAS, Julián ... Op. cit., p. 207. Las palabras señaladas con * aparecen, en el texto original, en caracteres griegos). **Lógos** significa, pues, palabra, discurso pleno de sentido, verbo exterior, y por lo tanto comunicación; y también, sentido, contenido del pensamiento, razón que se da de algo, explicación racional, concepto, verbo interior.

Para HERACLITO **Lógos** significó la Razón eterna, cósmica, la ley divina inmanente que regula el devenir en el hombre y en las cosas, y que da inteligibilidad al mundo: tanto como Dios. HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit., T. I, p. 18. Cfr. también JAEGER, Werner ... Paideia: los ideales de la cultura griega.— México, F. de C.E., 1967.— Pp. 10, 177 y ss.; MONDOLFO, Rodolfo ... El Pensamiento Antiguo.— Bnos. Aires, Ed. Losada S.A., 1952.— P. 47 .

SAN JUAN llama **Lógos** al Hijo de Dios y "desde SAN AGUSTIN la teología católica encuentra la explicación del nombre de Lógos en el hecho de que el Hijo es engendrado por el conocimiento del Padre; en el Hijo, como Verbo o Palabra del Padre, expresa Este toda su Esencia y la plenitud de sus ideas". VRIES, Josef de... "Logos", en BRUGER, Walter ... Diccionario de Filosofía.— Barcelona, Ed. Herder, 1962.— P. 293.

10 RECASENS SICHES, Luis ... Filosofía del Derecho.— México, Ed. Porrúa S.A., 1961.— Pp. 367 y ss.; RADBRUCH, Gustav ... Op. cit., pp. 24 y ss.; DEL VECCHIO, Giorgio ... Filosofía del Derecho.— Barcelona, BOSCH, 1960. Pp. 469 y ss; LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Op. cit., pp. 290 y ss.; HENKEL, Heinrich ...Op. cit., pp. 643 y ss.

11 "Toda revolución implica una creencia jusnaturalista (sustituir un orden que es, por otro que debiera ser) ..."

RECASENS SICHES, Luis ... Op. cit., p. 327.

La observación es válida también para la actitud implicada.

12 Cfr. WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 196.

No corresponde tratar aquí la historia del pensamiento jusnaturalista y tampoco abordar en toda su extensión y complejidad la problemática implicada.

Espaldas más anchas han asumido esa tarea y resultaría enormemente difícil e igualmente presuntuoso, pretender aportar alguna arena a una reflexión cuya nobleza ha comprometido constantemente no sólo al pensamiento antropológico de la cultura humana, sino también a la experiencia jurídica de la humanidad. Las elaboraciones en torno a la teoría del Derecho natural —aunque peligrosamente van haciéndose cada vez más escazas— no han terminado aún, quizá porque si "sólo todos los hombres viven lo humano", como decía GOETHE, es probable que también "sólo todos los hombres piensen lo humano". Y el problema del Derecho natural es un asunto probadamente humano, en sus sentidos teórico y práctico [13]. Así, la posibilidad de contribuir a sugerir y provocar que lo humano, o —como en el caso del Derecho natural— parte de las relaciones principales que contiene, sea efectivamente pensado por todos, o por quienes agregando o integrando u oponiendo su pensamiento contribuyen al todo, nos lleva a exponer esquemáticamente la trama conceptual que subyace al supuesto metodológico previo de nuestro trabajo, a saber: que más allá de la normatividad positiva es posible fundamentar jurídicamente el perfeccionamiento de un sistema o de elementos de un sistema jurídico vigente e indagar sobre la "naturaleza jurídica" de las relaciones. Y esto, no a partir de la contingencia de los intereses del momento presente, sino a raíz del modo de ser de la realidad, cuyo orden inmanente es develado, pero también construido por una progresiva suerte de dialéctica entre fenómenos histórico-existenciales y orden racional. Quizá la Universidad sea

---

13 A título de "ejemplo suficiente" nos remitimos a uno de los últimos y más sugestivos escritos de RADBRUCH, a propósito de la experiencia nazi: "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes". Cfr. infra, nota 59.

Para una exposición histórica del jusnaturalismo, nos remitimos a los profesores VERDROSS y WELZEL, de Viena y Bonn, respectivamente, en sus obras ya citadas. También a RECASENS SICHES, Luis... Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "Razonable".— México, F. de C.E. y U.N.A.M., 1971.

precisamente modelo de construcción social de una realidad fundada en el modo de ser del conocimiento humano.

La idea del Derecho natural existe cerca de lo que parece ser otra "tendencia profunda del espíritu": buscar en la observación de la realidad la justificación de las normas de conducta, especialmente de las normas jurídicas [14]. Precisamente, el haberlo relegado facilitó el deductivismo predominantemente cerrado en sí mismo de las doctrinas de la "escuela del Derecho natural y de gentes", que las alejó, por un desequilibrio racionalista en que también puede incluirse a HEGEL [15], de los fenómenos vitales de la realidad jurídica.

La convicción actual de una realidad social compleja y diversificada que debe ser sometida a observación y análisis, tiene raíces que llegan a ARISTOTELES, y aun a THALES DE MILETO, el filósofo "físico". A partir de ellos la observación del mundo circundante cobra carácter de método del conocimiento. La tensión entre idealismo y realismo se expresa en el pensamiento jurídico como tensión entre "ley de la razón" universal y "naturaleza de las cosas" [16]. HIRSCHBERGER caracteriza la filosofía de PLATON como "el mundo en la idea" y la de ARISTOTELES como "la idea en el mundo" [17], lo que expresa claramente ambas posiciones. ARISTOTELES muestra una franca inclinación a explorar el mundo de la experiencia en su compleja variedad, trata de describir y clasificar. Asimismo piensa que en el conocimiento "el universal se nos da siempre a partir de las cosas singulares" [18], de lo particular llegamos a lo universal: la inducción es antes y más importante que la deducción. A partir de las representaciones sensibles el "entendimiento agente" extrae la esencia ideal del concepto, la cual estaba ya potencialmente en las imágenes. La "facultad abstrac-

---

14 BATIFFOL, Henri ... Filosofía del Derecho.— Bnos. Aires, EUDEBA, 1972.— P. 51.

15 Para el idealismo absoluto de HEGEL "todo lo racional es real y todo lo real es racional".

Cfr. HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit., T. II, p. 222.

16 Cfr. BATIFFOL, Henri ... Op. cit., pp. 56 y ss.; VERDOSS, Alfred... Op. cit., pp. 68 y ss., 77 y ss.

17 HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit, T. I, pp. 48 y 103.

18 ARISTOTELES ... Etica a Nicómaco, VI, 9.

tiva" logra por una "intuición de esencia" la estructura ideal del ser, el **"eidos"**, la **"morphé"** [19]. Lo universal "específico" ("substancia segunda") constituye el ser esencial, **la naturaleza del ser real concreto** [20], es decir, nos encontramos frente al significado originario de la **"naturaleza de las cosas"** [21].

En este sentido, el pensamiento de ARISTOTELES reviste especial importancia porque significa uno de los intentos más valiosos de fundamentación sistemática de un criterio capaz de derivar el deber-ser del ser, aunque no de modo directo e inmediato al estilo de la abstracción empírica moderna, sino a través de una tabla o sistema de valores en el que la "prudencia" (inteligencia práctica) intenta definirse en la "recta ratio" y el justo o "recto medio" [22]. Por ello cabe destacar que, como dice WELZEL, ARISTOTELES "roza" dos ámbitos de "estructuras jurídicas **a priori**" de carácter no puramente formal: la relación entre justicia e igualdad (la justicia es una virtud social) [23]; y su teoría de la imputación basada en el principio del "dominio del hecho" [24].

En esta dirección ve BATIFFOL a los juristas romanos, por su análisis de las situaciones concretas, y especialmente a SANTO TOMAS, para quien "lo justo resulta **ex ipsa natura rei**". El Derecho natural es **iustum ex natura rei**; en cambio el Derecho positivo es **iustum ex condicto**. Sin embargo, en el pensamiento de

---

19 Cfr. HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit., 116 y ss.

20 El ser real concreto constituye la "substancia primera". Ibid., pp. 123 y ss.; 127 y ss.

21 Es importante observar que en la metafísica aristotélica el individuo se define por la especie. Por lo tanto, "el universal se declara más importante que el singular; pues ahora el individuo ha de ser entendido a partir del universal" ("ibid., p. 127. Asimismo para ARISTOTELES sólo en la comunidad se encuentra el hombre en su forma perfecta y acabada, y sólo en ese ámbito social se realiza el bien en gran escala. Y ya que "el hombre es un ser social por naturaleza", lo justo es "lo que aprovecha a la comunidad".

Cfr., ibid. pp. 159 y ss.

22 Cfr. Etica a Nicómaco, II, 6, 7 y 8. Asimismo HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit., pp. 153 y ss.

23 ARISTOTELES determina la justicia como virtud social (Etica a Nicómaco, V, 1.): va dirigida a otros, se ejerce frente a otros.

En PLATON la diferencia de matiz es importante: "hacer cada uno lo suyo", no lleva necesariamente en sí la relación social. Cfr. WELZEL, Hans ... Op. cit., pp. 29 y ss.

24 Ibid., p. 31.

SANTO TOMAS, no se trata de dos campos definidos y separados. De acuerdo con el notable análisis de GRANERIS: "El **iustum ex natura rei** sale de su recinto, se desata, se escinde en dos zonas, una de las cuales se extiende hacia el **iustum ex condicto**". Existe una zona en la esfera jurídica de la realidad en que lo justo, es decir, "lo adecuado o conmensurado a otro", se muestra a través de una **intuición** directa, como escrito en la misma constitución de las cosas. Esta adecuación totalmente objetiva y absoluta, está patente en las cosas y definida por ellas mismas. Aquí SANTO TOMAS precisa las primeras bases del **orden práctico,** paralelas en solidez y evidencia con los primeros principios del **orden teórico:** "los preceptos de la ley natural se relacionan con la razón práctica del mismo modo que los primeros principios demostrativos se relacionan con la razón especulativa".

Más allá de esa zona nuclear de la realidad jurídica, cuyo contenido normativo es cuantitativamente reducido aunque de alta intensidad jurídica, encontramos una segunda región del Derecho natural, donde la adecuación o mutua conmensuración de las cosas no es de una evidencia inmediata de orden intuitivo, sino que es necesario buscarla o deducirla discursivamente, **"per modum conclusionis"**. De allí las normas conclusivas o "conclusiones" que se siguen de los primeros principios antes aludidos. Hasta aquí el **iustum naturale** y su expresión, la **"lex naturalis"**.

Un tercer ámbito jurídico contiene el **iustum ex condicto,** cuyos contenidos no se intuyen ni se deducen, sino se determinan, **"per modum determinationis"**. La voluntad humana establece libremente las "determinaciones". Su expresión: la **"lex positiva"** [25].

Este tercer ámbito jurídico recibe la influencia eficaz de los otros dos, por lo menos en el aspecto formal del reconocimiento de la obligatoriedad de las leyes humanas. Pero "libertad no significa arbitrariedad: todo acto humano pone de manifiesto cierta moralidad, al menos por el fin que persigue". En este sentido el legislador debe buscar las soluciones útiles para el "bien

---

25 GRANERIS, Giuseppe ... Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho. Bnos. Aires, EUDEBA, 1973.— Pp. 67 y ss.

común", y ello en función de una experiencia jurídica vivida que es necesario hacer inteligible [26].

Otro aspecto importante, proveniente de la observación, es la aceptación del cambio a nivel de la naturaleza de las cosas. "Quizá para los dioses —dice ARISTOTELES— no existe esta movilidad; más para nosotros, hay cosas que, siendo naturales, están sujetas, sin embargo, a cambio". No todo es variable; pero aun admitiendo que lo fuera, "deben distinguirse las (cosas) que por su naturaleza son mudables y las que, sin serlo naturalmente, se hacen mudables por efecto de la ley y de nuestras convenciones" [27]. BATIFFOL subraya la misma dirección de pensamiento en SANTO TOMAS: la naturaleza del hombre es, sin duda en cierto sentido, mutable [28].

ALF ROSS, uno de los más destacados y originales representantes del llamado realismo jurídico-sociológico [29] al enjuiciar polémicamente el pensamiento jurídico de SANTO TOMAS 'desde los principios empiristas' [30], concluye:

> "Resultará claro que aunque Aquino dio al derecho natural un contenido más firme, al incorporar los dogmas fundamentales de la moral cristiana (por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio), está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológico-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy. Si dejamos a un lado lo metafísico y lo dogmático, por lo tanto, hay posibilidades favorables para un entendimiento entre esta tendencia y un estudio realista del derecho" [31].

---

26 BATIFFOL, Henri ... Op. cit., pp. 57 y ss.

27 Etica a Nicómaco, V. 7.

28 Summa Theologica, 2º 2ae, q. 57, art. 2, ad. 1; citada por BATIFFOL, Henri ... Op. cit., p. 59.

29 GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo.— México, UNAM, 1968.— P. 75.

30 ROSS, Alf ... Sobre el Derecho y la Justicia.— Bnos. Aires, EUDEBA, 1963.— P. XIII.

31 Ibid., p. 38.

Esta actitud, tendiente a someter a examen la realidad, se prolongará e intentará hacerse más estricta después de la etapa racionalista de los siglos XVII y XVIII representada principalmente por: GROTIUS, SPINOZA, PUFENDORF, LEIBNIZ, THOMASIUS, BARBEYRAC y WOLF; HOBBES, LOCKE, ROUSSEAU, la Declaración de Independencia norteamericana de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, la Constitución francesa de 1791 y el Código de Napoleón. También por KANT, aunque desde una posición discrepante propia [32].

Todavía en el siglo XIX, el racionalismo domina a los elementos positivistas del historicismo de HEGEL [33]. Su pretensión "de construir **a priori** todo, incluso la historia, como un proceso dialéctico de autorrealización de la idea, proceso al que la experiencia tenía que adaptarse —la más osada aventura de la razón—", como dice WELZEL, hubo de agotar las fuerzas del idealismo, pues poco después de la muerte de HEGEL se derrumbaría arrastrando el prestigio de la razón misma [34].

"Lo que desde entonces hemos vivido ha sido la autodestrucción y autodisolución de la razón", según el mismo WELZEL, "en un proceso que discurre por cuatro rutas que, en parte, se entrecruzan: por las rutas del positivismo, de la doctrina de las ideologías, de la filosofía de la vida y del existencialismo" [35].

De ellas, ciertamente el positivismo es el que ha gravitado más significativa y directamente sobre la teoría y la práctica jurídicas. Es claro que WELZEL toma el término positivismo para referirse a la corriente que, a partir de la reacción contra el

---

32 Cfr. WELZEL, Hans ... Op. cit., pp. 110 a 181; BATIFFOL, Henri ... Op. cit., p. 60; ROSS, Alf ... Op. cit., pp. 239 y ss.; VERDROSS, Alfred ... Op. cit., pp. 225 y ss.

33 Para HEGEL el Derecho es siempre histórico y positivo. Mientras para la Escuela Histórica el derecho consuetudinario basado en la conciencia popular es superior a la ley, para HEGEL el Derecho "se concreta, determina y adquiere claridad en las leyes del Estado".

VERDROSS, Alfred ... Op. cit., p. 250.

34 WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 191. Cfr. También la crítica de POPPER, Karl R... La Sociedad Abierta y sus Enemigos.— Bnos. Aires, Ed. Paidós, 1967.— T. II, pp. 7 y ss.

35 Loc. cit.

idealismo hegeliano, concibe la ciencia jurídica como ciencia de "hechos" perceptibles y de las leyes que en ellos se manifiestan, las cuales pueden ser afianzadas por la experimentación. Tanto en el positivismo como en el empirismo precedente, el paradigma de las ciencias naturales "exactas"está en la base conceptual y metodológica. En este sentido el positivismo está dentro de lo que OLIVECRONA denomina "enfoque naturalista", por oposición al "enfoque metafísico" [36]. Pero es en el positivismo donde la corriente se afirma y se hace más estricta.

Antes de considerar los lineamientos generales del positivismo jurídico y sus derivaciones modernas, nos detendremos en la teoría de las ideologías, cuya influencia, especialmente en la crítica jurídica, es importante.

En este proceso de búsqueda de criterios jurídicos objetivos, el pensamiento del siglo XIX parece afirmarlos, a juzgar por las intenciones manifestadas y los esfuerzos realizados. Sinembargo, los resultados, sometidos al análisis de ROSS, muestran más bien lo que parece ser una encrucijada de tendencias metafísicas y empíricas. Bajo la euforia y la admiración por los éxitos de las ciencias naturales, se intentó "elevar" el conocimiento del Derecho al rango de ciencia empírica [37]; sin embargo, muchas actitudes del apriorismo anterior sobrevivieron [38].

Pero si bien la rebelión contra el idealismo jurídico, en su dirección empírico-positivista inicial no fue precisamente eficaz para construir una metodología que asegurara su coherencia, en

---

36 OLIVECRONA, Karl ... Lenguaje Jurídico y Realidad.— Bnos. Aires, Centro Ed. de A. L., 1968.— Pp. 9 y ss .

37 Cfr. LARENZ, Karl ... Metodología de la Ciencia del Derecho.— Barcelona, Ed. Ariel, 1966.— P. 19.

38 El historicismo de SAVIGNY Y PUCHTA que instituyó a la historia en criterio moral; la "física social" de COMTE que intentó "descubrir" las "leyes naturales" invariables del acontecer social; el utilitarismo de BENTHAM, que se propuso construir una doctrina moral basada exclusivamente en el principio de utilidad o mayor felicidad (placer) para el mayor número; la restricción de la libertad individual en vista de los derechos de los demás de STUART MILL; los principios de igualdad y justicia que han devenido en evidentes a **priori** de SPENCER; y la justicia como condición del bienestar social y de la existencia de la comunidad; de IHERING, muestran cómo durante el siglo XIX se pierden el racionalismo y el individualismo de los siglos XVII y XVIII; pero no del todo el apriorismo y el deductivismo.

Cfr. ROSS, Alf. ... Op. cit., pp. 243 y ss.

su énfasis anti-transcendentalista logró invertir a HEGEL. FEUERBACH afirma que la historia no es desarrollo del espíritu sino de la materia sensible [39] y para MARX se trata de la dialéctica de los factores de producción. El conjunto de las relaciones de producción dadas, necesarias e independientes de la voluntad inmediata de los hombres, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales, forma la estructura económica de la sociedad, "la base real sobre la que se levanta la super-estructura jurídica y política a la que corresponden determinadas formas de conciencia social". Son los modos específicos de producción de la vida económica, las condiciones materiales de vida y no el espíritu humano, lo que determina el carácter general de los procesos de la vida social, política y espiritual. "No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia" [40]. Debe partirse de la realidad, "del hombre de carne y hueso" y de los procesos de la "vida real", de los "modos de vida" que manifiestan lo que los hombres son. O —como precisa POPPER— "es más específicamente el lugar en que se encuentra el hombre en la sociedad, su situación de clase, la que determina, de acuerdo con el marxismo, su conciencia. "Tal y como los individuos manifiestan su vida, así son". La vuelta hacia la realidad lleva a MARX a estudiar al hombre y la historia "ascendiendo de la tierra al cielo" y no "descendiendo" de las construccio-

---

39 Cfr. BOCHENSKI, I. M. ... La Filosofía Actual.— México, F. de C.E., 1951.— P. 80.

"De todos modos, FEUERBACH no superó el carácter contemplativo del materialismo anterior a Marx. Ello se debe a que en la manera de concebir la historia, FEUERBACH aún mantenía por completo los principios del idealismo". ROSENTAL, M. M., IUDIN, P. F. y otros ... Diccionario Filosófico.— Montevideo, Ed. Pueblos Unidos, 1965.— Pp. 173 y ss.

40 MARX, Carlos ... Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política; en MARX, Carlos y ENGELS, Federico... Obras Escogidas.— Moscú, Ed. Progreso.— T. I., pp. 341 y ss. Algunas diferencias de traducción de relativo alcance en: MARX, Karl ... Sociología y Filosofía Social (Selección e introducción de BOTTOMORE, T.B. y RUBEL, M.)— Barcelona, Ed. Península, 1968. Pp. 71 y ss. Cfr. también MARX, Carlos ... El Capital..— México, F. de C.E., 1972. T. I, pp. 303 n, 46n., 132 n., 130 y ss., 430 y ss.

Revisten especial interés ciertas precisiones de FROMM, Erich... Marx y su Concepto del Hombre.— México, F. de C.E., 1966.— Pp. 20 y ss.

nes ideales a la realidad (HEGEL)[41]. Y la realidad es primordialmente el conjunto de las condiciones económicas y sociales que determinan pensamientos y deseos ("las instituciones forman a los hombres", había recordado MONTESQUIEU). Se trata, por lo tanto, de un realismo económico-sociológico totalizante y no de un instintivismo psicologista, de acuerdo con el análisis de FROMM, antes citado. Sin embargo, MARX considera que es necesario evitar postular "la sociedad" como una abstracción frente al individuo: éste es un ser social, la vida humana individual y la vida de la especie no son dos cosas diferentes. Por ello, el conjunto de las relaciones de producción concretas en la historia humana ha condicionado no solamente la lucha de clases en el plano objetivo, sino también un correlato conciencial antagónico y clasista. En su "Tesis sobre Feuerbach" (1845), MARX afirma: "La cuestión de si el pensamiento humano puede aspirar a la verdad objetiva no es una cuestión teórica sino **práctica.** Es en la práctica donde el hombre ha de demostrar la verdad, es decir, la realidad y la fuerza, la "terrenalidad" de su pensamiento"[42]. Luego, en el "Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política" (1859), agrega:

> "Al cambiar la base económica, se transforma más o menos rápidamente toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Al estudiar estas revoluciones, se debe distinguir entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de la producción, que pueden apreciarse **con la exactitud de las ciencias naturales,** y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas; en una palabra: **las formas ideo-**

---

41 Cfr. MARX, Karl y ENGELS, Frederick... La Ideología Alemana.— Montevideo, Ed. Pueblos Unidos, 1958.— Pp. 25 y ss.; ENGELS, Frederick... Complemento al Prólogo del Libro Tercero de El Capital; en MARX, Carlos ... El Capital.— T. III, pp. 30 y ss.

Asimismo POPPER, Karl R... Op. cit., T. II, p. 141.

42 MARX, Karl... Tesis sobre Feuerbach; en MARX, Karl... Sociología y Filosofía Social (Selección e introducción de BOTTOMORE y RUBEL).— p. 87. Cfr. también p. 98.

Cfr. asimismo MARX, Carlos y ENGELS, Federico... Obras Escogidas.— Pp. 401 y ss.

lógicas con que los hombres toman conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo" [43].

Derecho y moral son "condiciones de existencia de la clase dominante expresadas idealmente..., independizadas teóricamente con mayor o menor conciencia por sus ideólogos... y presentadas como normas de vida a los individuos de la clase dominada" [44]. Aquí el Derecho no es otra cosa que expresión de la ideología de la clase dominante.

Es claro, como señala BOTTOMORE, que "ideológicas", para MARX, quiere decir falsas, es decir, alejadas del mundo real, de la práctica, de la vida social auténtica. Para explicar el fenómeno, MARX emplea los conceptos de "alienación" y "falsa conciencia", dentro de lo que POPPER ha llamado "lógica de la situación social". Consecuentemente el "desenmascaramiento" de la "alienación humana en su forma secular" no puede ser tarea de otra "falsa conciencia", sino de una "conciencia correcta o verdadera", la del proletariado [45].

---

43 MARX, Karl... Prefacio a la Contribución a la Crítica de la Economía Política en MARX, Karl ... Sociología y Filosofía Social (cfr. supra).— P. 72 (Subrayado nuestro).

44 MARX, Karl y ENGELS, Frederick... Werke.— Berlín, 1958.— T. III, p. 405; citado por WELZEL, Hans... Op. cit., p. 201.

45 Cfr. BOTTOMORE, Tom B. ... Marx y Mannheim; en Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento (Selección dirigida por HOROWITTZ, Irving Louis).— T.I., pp. 56 y ss.

Es interesante anotar la observación de WELZEL: "El pensamiento marxista es, en especial medida, un pensamiento de "doble fondo". Es un pensamiento que conoce una conciencia ideológica "exacta" y una conciencia ideológica "falsa" (Op. cit., p. 202). "El efecto deformador de la autoalienación se impone, por eso, sólo a la conciencia del burgués, mientras que la del proletariado se halla inmune a ello. La conciencia del proletariado se encuentra en la posición privilegiada de poder conocer la realidad tal como es: la prueba de ello es la realidad" (ibid., p. 203).

En el mismo sentido, cfr. SCHAFF, Adam ... La objetividad del Conocimiento a la Luz de la Sociología del Conocimiento y del Análisis del Lenguaje; en El Proceso Ideológico (Selección dirigida por VERON, Eliseo).— Pp. 52 y ss.: "... el conocimiento sólo se deforma, cuando está condicionado por los intereses de las clases "descendentes, es decir, de las clases interesadas en el mantenimiento del orden existente y amenazadas por su supresión, Cuando el conocimiento está condicionado por los intereses de las clases "ascendendentes", revolucionarias, que están conformadas a las transformaciones sociales en vías de cumplirse, no hay deformación del conocimiento".

Estaríamos, pues, frente a un fenómeno ideológico, o mejor aun, frente a la ideologización de la ideología.

Cfr. También POPPER, Karl R... Op. cit., T. II, pp. 118, 143 y ss., 313 y ss.

Estamos, pues, en el terreno de la teoría de las ideologías. El pensamiento, existencialmente determinado, "corre fuera de su propio cauce"[46]. Los intereses personales, de grupo o de clase distorsionan constitutivamente el conocimiento. MANNHEIM acusa a la estructura total de la mente de una época o de un grupo de estar adulterada —salvo excepciones que aceptó posteriormente (la ciencia natural y aun la posibilidad de una sociología política, etc.)— por la inevitable perspectiva personal desde la cual cada miembro del grupo percibe intelectualmente todo problema intelectual ("la ideología total")[47]. "Deformación" y "contaminación" del pensamiento son constantes ideológicas relacionadas con las actitudes, los "afanes", en fin, las reacciones de los hombres, inmersos en los condicionamientos sociales, frente a la realidad. Los "hechos", son así inidentificables (desfigurados, hipersimplificados); el razonamiento, "estratégico" (teoría de la tensión); la verdad, sublimación del interés (teoría del interés). La explicación de todo conocimiento como ideológico no es, por tanto, otra cosa que una nueva forma de agnosticismo sociologista.

Consecuentemente, es imposible hallar en la teoría de las ideologías asidero válido que permita aprehender valores "imparciales". Si todo Derecho es, por definición, "partidista", no cabe reducir su radical relativismo o "perspectivismo", como lo denominaba MANNHEIM.

De todos modos, cuando STARK, discípulo de MANNHEIM, sostiene que todas las formas del pensamiento están socialmente condicionadas por la misma **"naturaleza de las cosas"**, alude a una forma de aflorar del modo de ser de la realidad social y apunta al campo de una sociología del conocimiento que, más aquí de sus direcciones radicales, intenta sistematizar una

---

46 STARK, Werner... The Sociology of Knowledge.— London, 1958.— P. 48; citado por GEERTZ, Clifford... La Ideología como Sistema Cultural en El Proceso Ideológico (Selección dirigida por VERON, Eliseo).— Buenos Aires, Ed. Tiempo Contemporáneo, 1971.— p. 16.

47 NEISSER, Hans...Sociología del Conocimiento.— Buenos Aires, Ed. La Pléyade, 1972.— P. 77. Cfr. asimismo BOTTOMORE, Tom B... Marx y Mannheim; en Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento (Selección dirigida por HOROWITZ, Irving Louis).— T. I., pp. 56 y ss. También POPPER, Karl R... Op. cit., T. II, pp. 294 y ss.

"sociología de la conducta intelectual y afectiva" (WOLFF, K.H.) o "gnoseo-sociología" (DEGRE, G.). Esta enorme tarea, significa un esfuerzo por volver a los cauces críticos de la razón, no al racionalismo.

> "La tesis de la sociología del conocimiento es —según STARK— que la elección del punto de observación desde el cual el **ens universale** es contemplado, depende en toda sociedad concreta de las relaciones humanas que hacen que tal sociedad sea lo que es; pero no se afirma que los intereses personales o de sector intervienen ya en el punto en que la visión fundamental surge por primera vez a la existencia. No ha de negarse que más tarde puedan intervenir y afirmarse; pero este es un problema enteramente diferente" [48].

Aquí las condiciones sociales del conocimiento no invalidan su carácter teórico; en el caso de las ideologías, en cambio, sólo encontramos un carácter parateórico.

Cabe señalar que la contradicción inherente a todos los relativismos, en el caso de las ideologías conduce a soluciones mesiánicas y casi místicas. En el marxismo, un especial positivismo jurídico se encuentra ligado a **una** "concepción científica de la realidad". Esta concepción, constituye el único criterio válido para juzgar el derecho vigente. Del mismo modo que la "alienación" es, para MARX, fuente de las ideologías de la jurisprudencia burguesa, la conciencia del proletariado, verdaderamente libre y científica, el "socialismo científico", será fuente —según una de las interpretaciones del pensamiento de MARX y según el actual derecho soviético [49]— del verdadero

---

48 STARK Werner... Antecedentes de la Sociología del Conocimiento; en Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento (Sección dirigida por HOROWITZ, Irving Louis).— T.I. p. 6.

Cfr. GURVITCH, Georges ... Los Marcos Sociales del Conocimiento.— Caracas, Monte Avila, Ed., 1969.— Pp. 27 y ss. También WOLFF, Kurt H... Contribución a una Sociología del Conocimiento.— Buenos Aires, Amorrortu Ed., 1974.— Pp. 113 y ss.

49 Cfr. KELSEN, Hans... Teoría Comunista del Derecho y del Estado.— Buenos Aires, EMECE Ed., 1958.— Pp. 58 y ss.

Cfr. ROMASKIN, P. y otros... Fundamentos del Derecho Soviético.— Moscú, Academia de Ciencias de la URSS, Ed. en Lenguas Ext., 1962.— Pp. 19 y ss.

Derecho o Derecho realmente justo [50]. Se trataría, entonces, de un "Derecho natural" partidista **sui generis**. La reducción al absurdo niega aquí una concepción jurídica objetiva.

Sin embargo, observamos que tanto la teoría de las ideologías como la sociología del conocimiento implican la adhesión al principio de la posibilidad de aprehensión de los **modos de ser de la realidad social.** Aunque estos modos de ser se expresen inconscientemente a través del pensamiento, son capaces de ser "desenmascarados".

Es, por consiguiente, importante el papel que juega el concepto de **naturaleza de las cosas.** MARX afirma que se puede "hacer surgir" de la realidad social la justicia del socialismo como "verdad social" [51].

No nos ocuparemos de las corrientes del voluntarismo y del irracionalismo (SCHOPENHAUER, NIETZSCHE, DILTHEY, etc.), englobadas bajo el apelativo de vitalismo o filosofía de la vida [52], ni del existencialismo (KIERKEGAARD, HEIDEGGER, SARTRE, JASPERS) [53]. En ellas la teoría jurídica no existe, está relegada a un segundo plano o solamente ha recibido una influencia muy indirecta de su tronco filosófico o de sus consecuencias políticas.

---

50 Se trataría de un Derecho concebido como orden normativo, donde no habría "superestructura jurídica" porque no habría superestructura ideológica alguna. KIELSEN, Hans... Op. cit., p. 59.

La otra interpretación es la conocida doctrina de la "extinción" del Estado y del Derecho. Ibid., p. 57.

De otro lado, según KELSEN, Marx confunde Derecho y Teoría del Derecho; de allí su caracterización del Derecho como "ideología". Ibid., pp. 32 y ss.; 67 ss.

Sobre la conciencia "ideológica" y sus consecuencias para el propio marxismo cfr. KELSEN, Hans ... Op. cit., pp. 22 y ss.

51 Cfr. ibid., pp. 42 y ss.

Respecto de la concepción de la naturaleza humana en Marx, cfr. FROMM, Erich... Op. cit., pp. 36 y ss.

52 Su carácter general es el actualismo: "Más allá de la vida, el pensamiento no puede avanzar". "El último fundamento del mundo es la facticidad, el puro hecho" (DILTHEY).

Cfr. BOCHENSKI, I. M... Op. cit., pp. 118 y ss.; WELZEL, Hans ... Op. cit., pp. 210 y ss.

53 Cfr. BOCHENSKI, I.M... Op. cit., pp. 170 y ss.; WELZEL, Hans ... Op. cit., pp. 219 y ss.

Pasamos a considerar las significaciones básicas del positivismo jurídico [54]. Como ya dijimos, se caracteriza por limitar su concepción de la ciencia, y consecuentemente de la ciencia jurídica, a los "hechos" y a sus leyes empíricamente observables. En general, el positivismo trata de "explicar" los acontecimientos humanos del "mundo exterior" y del "mundo interior" como procesos cuyos enlaces causales no acusan ninguna diferencia **de principio** respecto de los enlaces causales propios de la naturaleza inanimada. LARENZ expresa esta perspectiva causal del positivismo:

> "En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo, ha de tener su causa precedente en el tiempo, la cual a su vez, tiene como consecuencia necesariamente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto. Otra clase de enlace que sea esencialmente diferente —a saber: el enlace entre el fundamento suficiente y la consecuencia necesaria según las leyes del pensamiento, independientemente del curso temporal del acontecimiento— rige solamente para la lógica y las matemáticas, como únicas ciencias que no tienen que ver con "hechos" (de la clase que sea), sino con meras conexiones de pensamiento (o con relaciones espaciales pensadas)" [55].

KELSEN, sin embargo, distingue el principio de causalidad (Si es A, es B), propio de la naturaleza, del principio de imputación normativa (Si es A, debe ser B), propio de la ética y del Derecho. Correlativamente distingue las ciencias causales de las ciencias normativas [56].

De todos modos, para la teoría jurídica del positivismo, frente al hecho puro del Derecho positivo no existen verdades objetivas de orden racional. El pensamiento filosófico sólo pue-

---

54 Respecto del intento contemporáneo de una caracterización suficiente del positivismo jurídico en las tesis de NORBERTO BOBBIO y UBERTO SCARPELLI, cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Op. cit., pp. 9 y ss.

55 LARENZ, Karl ... Op. cit., p. 52.

56 KELSEN, Hans ... Teoría Pura del Derecho.— Bnos. Aires, EUDEBA 1960.— Pp. 16 y ss.

de llegar a representaciones inciertas, originadas en el sentimiento moral, las tendencias políticas o ideológicas, etc. BERGBOHM sintetiza: "como Derecho, todo otro Derecho que no sea el positivo es un contrasentido" [57]. El "concepto estricto del Derecho" implica que el poder estatal "puede promulgar como tal cualquier proposición jurídica", inclusive una proposición absolutamente inmoral [58]. De aquí al relativismo del poder del "primer" RADBRUCH no hay sino un paso: "Quien es capaz de imponer el Derecho, prueba con ello que está llamado a establecer el Derecho" [59].

El jurista italiano NORBERTO BOBBIO considera que uno de los aspectos de la posición conocida con el nombre de positivismo jurídico es de naturaleza ideológica:

> "Como ideología, el positivismo jurídico consiste en atribuir al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, independientemente de cualquier consideración en torno de su eventual correspondencia a un orden justo o ideal. La atribución, al vigente, de aquel valor, suele derivar de dos diversos tipos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo, lo que equivale a sostener que el criterio acerca de su justicia o injusticia coincide con el relativo a su vali-

---

57 BERGBOHM, Karl ... Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.— 1892.— P. 539; citado por WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 192.

58 SOMLO, Félix ... Juristische Grundlehre.— 1917.— Pp. 309 y 431; citado por WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 194. Asimismo la teoría pura del Derecho de KELSEN: "todo posible contenido puede ser Derecho", "no hay comportamiento humano que como tal, y por razón de su contenido, no pueda ser contenido de una norma jurídica. La validez de esta última no puede ser negada porque su contenido contradiga otra norma que no pertenece al orden jurídico".

KELSEN, Hans ... Reine Rechtslehre.— 1960.— P. 201; citado por WELZEL, Hans ... Op. cit., p. 194.

59 RADBRUCH, Gustav... Rechtsphilosophie.— 1932.— P. 81; citado por WELZEL,Hans ... Op. cit., p. 196.

Respecto del "segundo" RADBRUCH, cfr. su Filosofía del Derecho (4ª ed.).— Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1959.— Pp. 23 y ss., 237 y ss. También su interesante trabajo: Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes; en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E. y WELZEL, H... Derecho Injusto y Derecho Nulo.— Madrid, Ed. Aguilar S.A., 1971.— Pp. 3 y ss.

dez o invalidez; 2) como conjunto de normas creadas o impuestas por el poder que tiene el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, ese derecho sirve, por el mero hecho de existir, independientemente del valor material de sus normas, a la realización de una serie de fines socialmente valiosos, como el orden, la paz, la seguridad y la justicia legal" [60].

El positivismo jurídico se presenta, pues, como un esfuerzo encaminado hacia la realidad fáctica en lo que tiene de atomizada y relativa, pues todo intento de comprensión del sentido de la estrucura jurídica es considerado ajeno al Derecho o meta-jurídico. Parece claro, entonces, que el concepto de "naturaleza de las cosas", aunque esté en la línea del análisis de la realidad, le sea ajeno.

Referirse a la "naturaleza de las cosas" es precisamente buscar, a partir de la superficie de la realidad social, las significaciones de su basamento o subsuelo, es decir, ir hacia la realidad; pero no hacia una realidad "ideológicamente" mutilada o parcial, sino hacia lo que FRIEDMAN caracteriza como "sistema jurídico" situado en el mundo social o "cultura jurídica" [61]. La realidad del Derecho es profundamente compleja, es realidad social y, además, jurídica; o como dirían los lógicos, la comprensión de su concepto es mayor que la comprensión del concepto realidad social, aunque su extensión sea ciertamente menor. Ya SOROKIN ha demostrado la complejidad de los fenómenos sociales, a los que denomina descriptivamente "socio-culturales". Los hechos de la esfera de interacción humana no pueden explicarse sino en función de tres factores inseparables que SOROKIN presenta como "indivisible trinidad", en la que ninguno de sus integrantes puede existir sin los otros dos: "1) la **personalidad** como sujeto de la interacción; 2) la **sociedad** como totalidad de

---

60 GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Op. cit., p. 12.

61 FRIEDMAN, Lawrence M... Legal Culture and Social Development; en FRIEDMAN, L. M. and MACAULAY, S... Law and the Behavioral Sciences.— USA, Bobbs-Merrill, 1969.— Pp. 1000 y ss.; incluido en TRAZEGNIES, Fernando de ... Filosofía del Derecho (Materiales de enseñanza).— Lima, P.U.C. del P., 1973.— Pp. 14 y ss.

las personas en interacción más sus relaciones y procesos socioculturales; y 3) la **cultura** como la totalidad de las significaciones, valores y normas poseídas por las personas en interacción, y la totalidad de los vehículos que objetivan, socializan y trasmiten estas significaciones" [62]. Así, sin los elementos culturales o superorgánicos, los hechos sociales se reducirían a fenómenos puramente biofísicos y nos sería imposible encontrar allí interacciones humanas dotadas de sentido [63].

Del mismo modo que el orden socio-cultural genérico, el orden jurídico es indivisible. Hacer una ciencia de un solo aspecto, de los hechos puros, dejando de lado las significaciones y valoraciones implicadas, sería tan absurdo "como una botánica que estudiara solamente el lado derecho de las plantas, dejando el izquierdo fuera de su estudio; o una zoología que estudiara solamente la piel de los organismos, dejando a otra ciencia el estudio de todos los órganos internos y sus tejidos" [64].

Buscar la unidad bajo la diversidad no equivale a simplificar. La tendencia a confundir las unidades esenciales con una suerte de entidades matemáticas simples y estáticas, ha provocado no pocos errores y consecuentemente la crítica de inadecuación o de fantasmagoría, pues no se ve cómo lo complejo o multifactorial puede resolverse en lo simple. Los hechos, y especialmente los hechos del Derecho, son básicamente estructurales (bilateralidad y aun multilateralidad de los fenómenos jurídicos, derecho objetivo-derecho subjetivo, normalidad-normatividad, etc.) y no se ve por qué su substrato esencial no sea también estructural. Se trata, pues, de comprender la naturaleza de los hechos no como sustancial, sino como relacional [65].

---

62 SOROKIN, Pitirim A... Sociedad, Cultura y Personalidad.— Madrid, Ed. Aguilar S. A., 1966.— P. 98.

63 Cfr. SOROKIN, Pitirim A... Op. cit., pp. 98 y ss.

Sin sus componentes significativos la cooperación no es más que "adición y multiplicación de fuerzas"; la guerra, "sustracción de fuerzas"; la organización social, "equilibrio de fuerzas"; la ley, "correlación de fuerzas"; las pinturas de la Capilla Sixtina, manchas producidas por sustancias químicas; la Victoria de Samotracia, un trozo de piedra de tales características, con cierta forma geométrica y cierta composición química, etc.

64 Ibid, p. 100.

65 Sobre la "ontologización" de la estructura cfr. SANTERRE, Renaud ...

Pero ¿es posible al positivismo alcanzar algo más que un simple repertorio de hechos? Las reglas metodológicas fundamentales del neopositivismo pueden responder: "sólo existen los enunciados empíricos y las tautologías lógicas" [66]. Por ello, "en el orden metodológico el positivismo se traduce siempre en una limitación del horizonte especulativo en cuanto reputa necesaria una explicación propiamente científica; es decir, rigurosa y contrastable" [67].

Cabe dudar, sin embargo, que dicho rigor permita construir una ciencia. El "hecho puro" o es una "idea" o es una impresión sensorial inmediata que sólo puede ser señalada o mostrada. "En realidad no se puede decir nada del hecho puro porque en el momento en que se buscasen términos para caracterizarlo ya nos encontraríamos con el hecho descrito" [68]. La razón es la que configura y organiza la experiencia, aunque ésta se asiente en hechos. "Observar y experimentar sin ideas es impracticable. Los fenómenos meramente observados no conducen a nada" [69]. Y la ciencia exige por lo menos la idea de la ciencia misma, la clasificación y la sistematización de datos.

Más allá de la representación sensorial (intuición sensorial), suele aceptarse que conocemos a través de actos intelectuales aprehensivos (intuición intelectual o "visión intelectual") y de actos progresivos conscientes de orden "discursivo".

Pero el nudo del problema que nos interesa se plantea en el plano gnoseológico (teoría del conocimiento) y proyecta sus implicaciones hasta el plano epistemológico en sentido estricto (teoría o filosofía de las ciencias). Una de las hipótesis del marco referencial delimitante de nuestro "ejercicio" es, claro está, la marginación de todo escepticismo gnoseológico extremo, cuya desembocadura en el solipsismo resulta inaceptable para el De-

---

El Método de Análisis en las Ciencias Humanas; en LANTERI-LAURA, G. y otros... Introducción al Estructuralismo.— Bnos. Aires, Ed. Nueva Visión, 1969.— P. 39.

66 HERNANDEZ GIL, Antonio... Introducción al Estudio del Estructuralismo y el Derecho; en colaboración con otros... Estructuralismo y Derecho.— Madrid, Alianza Editorial, 1973.— P. 30.

67 Loc. cit.

68 HEGENBERG, Leonidas ... Introducción a la Filosofía de la Ciencia.— Barcelona, Ed. Herder, 1969.— P. 101.

69 Ibid., p. 102.

recho, cuyos supuestos necesariamente transpersonales plantean con especial fuerza la "aporía egocéntrica".

Conocemos el "objeto" individual a través de la captación de sus notas diferenciales respecto del resto de la realidad; pero nos aproximamos a su naturaleza o ser esencial seleccionando de esas notas diferenciales, precisamente aquellas cuya constancia es capaz de fundar referencias estructurales más resistentes a la variación de los concomitantes. El conocimiento que excede la presencia inmediata del objeto, el denominado conocimiento abstractivo, es básicamente intelectual y racional, aunque no necesariamente lógico-lineal o silogístico. Frente a la facultad de conocer, frente al "sujeto" agente, más que una dicotomía del "objeto" en el mundo **fenoménico** y el mundo **nouménico** de KANT; o en el mundo cognoscible (verificable) y el incognoscible (inverificable) de los positivistas lógicos, consideramos posible la exploración eficaz de las realidades "objetales" dentro de los límites siempre perfectibles de lo humano; pero por ello mismo siempre límites.

De lo dicho se sigue que no aceptar un idealismo parcelario, no tiene por qué llevar a un realismo igualmente parcelario e ingenuo, y que la negación de ambos no implica necesariamente la negación de la posibilidad de aislar aquellas estructuras de la realidad, a las que ya nos hemos referido, capaces de articularse con las estructuras del entendimiento humano. Las estructuras resultantes pueden incluirse en el "sistema simbólico" que CASSIRER propone insertar en el "círculo funcional" biológico de VON UEXKULL, entre el "sistema receptor" y el "sistema efector" [70] del ser humano. El "sistema simbólico" incluye, para CASSIRER, logros racionales y no racionales de la cultura humana (lenguaje, mito, arte, filosofía, etc.). Ha de incluirse, pues, en él los logros de la ciencia con todo su poder y todas sus limitaciones. Sólo el modo de ser del conocimiento científico puede evitar, y ello trabajosa y lentamente, que el hombre vea, en vez de las cosas, "sus opinio-

---

70 Cfr. CASSIRER, Ernst ... Antropología Filosófica.— México, F. de C.E., 1965.— Pp. 45 y ss.

nes y figuraciones sobre las cosas" (EPICTETO). Pero la ciencia no es solmente una forma objetiva de ver las cosas. La historia de la ciencia es la historia del descubrimiento del orden inmanente de las cosas. Aun tratándose de las cosas humanas, en que lo existencial puede alejarse considerablemente de lo que es el orden esencial, la ciencia es capaz de aislar las estructuras más estables, de aquello que es fugaz o accidental. La integración de los datos de las ciencias, una de las mayores dificultades modernas, puede asimismo aportar una nueva metodología de conocimiento de cosas y situaciones, en orden a extraer y configurar, racional y razonablemente, los núcleos estructurales denominados **naturaleza de las cosas** y **naturaleza de las situaciones.** Y todo ello, a partir de la dinámica propia de la confluencia de dos factores, también estructurales: las estructuras ontológicas del "objeto" (cosas, personas, hechos, situaciones) y las estructuras gnoseológicas del "sujeto" [71], incluidos, en estas últimas, los elementos culturales (CASSIRER, SOROKIN) que "ambientan" la relación "lineal" sujeto-objeto y le prestan significado.

La aceptación de la posibilidad del conocimiento de los elementos esenciales de la realidad social, incluidas las significaciones que le dan sentido (WEBER, SOROKIN) [72], nos aleja del sociologismo positivista. Pero no puede dejar de destacarse que los esfuerzos por afianzar el método inductivo y el énfasis en las reglas conforme a las cuales los hombres se **comportan realmente** en su convivencia, vale decir, el énfasis en las "normas de comportamiento" del orden real frente a las "normas de decisión", en la obra de EUGEN EHRLICH [73]; tanto como el "saber colectivo" res-

---

71 "El nudo del problema —dice BATIFFOL— está en la posibilidad que tiene el intelecto de extraer estas naturalezas; la afirmación de esa posibilidad se apoya en una experiencia que una fuerte tradición pone en duda invocando sus fracasos, pero cuya faz positiva no es menos real" (Op. cit., P. 63). "La observación de los hechos da una indicación; para expresarla en una norma de acción es menester una reflexión sobre los datos comprobados" (Ibid., p. 62). Se trata de indicaciones generales extraídas de la naturaleza del hombre y de las situaciones, y que confrontadas por la observación con las potencialidades que le muestra la realidad permite la elaboración del Derecho.

72 Para la "sociología comprensiva" de MAX WEBER, cfr., LARENZ, Karl... Op. cit., p. 79.

73 Cfr. ibid, pp. 78 y ss.

pecto del "comportamiento correcto" que rige en una comunidad, "resultado del trabajo de muchas generaciones de juristas, cuyos criterios jurídicos fueron acogidos en el espíritu de la comunidad jurídica", a que se refiere FRANZ JERUSALEM [74], son elementos capaces de ser vinculados, por sí mismos, a la idea de una "cultura jurídica" (FRIEDMAN) [75] presente en los "hechos" mismos y en el "sistema simbólico" identificador de esos hechos, tanto en el campo de las estructuras de sentido como en el de las finalidades valorativas [76].

a) Respecto de las estructuras de sentido, HAGERSTROM y LUNDSTEDT, representantes del "realismo jurídico escandinavo", niegan que detrás de las expresiones "derecho subjetivo", "deber", "justicia", etc., exista noción alguna [77]. Son fórmulas "huecas" en el sentido de que no tienen trasfondo conceptual: más allá de la palabra misma no puede encontrarse ninguna noción salvo la imprecisa idea flotante de que la palabra da expresión a algo indeterminado, mágico y sobrenatural (HAGERSTROM). Sin embargo, no han podido eludir el uso de ambos términos, cuya utilización "violenta el lenguaje", pero es "imposible eliminar" (LUNDSTEDT) [78].

Mas donde HAGERSTROM habla de magia, otros hablan de **"expresiones realizativas"**, término acuñado por AUSTIN, "el más destacado de los antimetafísicos", según OLIVECRONA [79]. A diferencia de los enunciados descriptivos, las expresiones realizativas no relatan hechos ni describen nada. Su propósito es realizar la creación, cambio o supresión de derechos y deberes,

---

74 Cfr. ibid., pp. 82 y ss.

75 Cfr. FRIEDMAN, Lawrence M... Op. cit., supra, nota 61.

76 La presencia de una cultura jurídica en los hechos sólo puede entenderse si éstos no se reducen arbitrariamente a su aspecto físico y biológico, como ya hemos dicho al referirnos a la interacción social en el pensamiento de SOROKIN.

77 "De este modo, toda la ideología jurídica —incluyendo las facultades y deberes, la licitud y la ilicitud— se disuelve en humo". Cfr. LUNDSTEDT, Vilhelm... El Derecho y la Justicia: una crítica al empleo de la valoración de la justicia; en CABRAL DE MONCADA, L. y otros ... El Hecho del Derecho.— Bnos. Aires, Ed. Losada, S.A., 1956.— P. 161.

78 OLIVECRONA, Karl... Op. cit., pp. 20 y ss.

79 Ibid., p. 13.

relaciones y propiedades jurídicas. Tienen, por lo tanto, eficacia jurígena o "efecto creador". Este efecto creador está vinculado a la "situación" o "contexto" en que se produce la expresión realizativa [80].

Pero afirmar la eficacia **realizativa** de la palabra —excluido naturalmente todo poder mágico— es volver, a pesar de todos los equilibrios empiristas de una explicación "referencial" no significativa, a las significaciones conceptuales. Especialmente si consideramos el carácter general de las proposiciones normativas del Derecho. El factor "situacional" de las "expresiones realizativas" es capaz de enriquecer y complementar sus significados conceptuales; pero no de sustituirlos totalmente, y menos si se trata de proposiciones abstractas y genéricas (generalidad de la norma jurídica, cuya comprensión y eficacia intelectual, proviene de la comunicación de modelos "ideales" o estructuras esenciales que el destinatario aplicará a la realidad del caso concreto [81]. Puede, pues, concluirse que del mismo modo que este nuevo "nominalismo" no puede dejar de usar ciertas expresiones "vacías", tampoco puede dejar de implicar significaciones esenciales o estructuras esenciales de sentido.

b) Respecto de las finalidades valorativas, el importante estudio de COING sobre la idea del Derecho y la naturaleza de las cosas [82], recuerda una acertada expresión de FRANZ BOHM: tenemos que escuchar a las cosas antes de disponernos a ordenarlas [83]. Indudablemente la consideración del modo de ser de las cosas, de los sujetos, de las situaciones, es decir, la indagación de la "naturaleza de las cosas" es de capital impor-

---

80 Ibid., p. 38.

81 Así, cuando la ley señala: "Las universidades realizarán las siguientes funciones: a) Enseñanza; b) Investigación; c) Promoción de la cultura; d) Proyección social; y e) Producción de bienes y prestación de servicios" (D. L. Nº 19326, art. 195), tramite conceptos esenciales: "universidad", "realización", "función", "enseñanza", "investigación", etc., que los destinatarios "reencarnarán" en hechos concretos e individuales cuya adecuación estará dada por su significado esencial.

Cfr. también BATIFFOL, Henri ... Op. cit., p. 69.

82 Cfr. COING, Helmut ... Fundamentos de la Filosofía del Derecho.— Barcelona, Ed. Ariel, 1961.— Pp. 105 y ss.

83 Ibid., p. 139.

tancia [84]. Pero la naturaleza de las cosas" —según COING —nos ofrece solamente elementos complejos o estructurales de ordenación (cfr. supra) "pero no un orden como tal".

> "Su consideración nos lleva al conocimiento de que la materia con la que tiene que operar el orden jurídico, la vida social, no es una masa plenamente informe, sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que tiene que basarse el orden jurídico. Pero el reconocimiento de estas estructuras no nos exime de la tarea de intervenir nosotros mismos valorando y ordenando en ese mundo estructurado: no se hace superfluo el acto ordenador que es la legislación o, más en general, la posición de derecho" [85].

Es claro que el Derecho tiene que partir de lo dado: el hombre tal como es, con todas sus propiedades; pero no puede proponer como deber-ser, sin más, las generalizaciones a que llegue respecto de los hechos. El criterio estadístico de normalidad tampoco es suficiente. Es evidente que el cauce natural de los instintos no puede fundar el orden social. Por el contrario, el Derecho tiene que poner freno a ciertos impulsos humanos, promover el desarrollo de ciertas cualidades y dejar, neutralmente, vía libre a otras. El autodominio humano como posibilidad y como necesidad está en la base misma del Derecho. Esto exige **valorar.** Ya optar por el orden frente al caos implica valorar.

Creemos, sin embargo, que la "naturaleza de las cosas" no puede entenderse como un elemento simplemente descriptivo al cual sobrevendrá una valoración moral, idea a la que parecería inclinarse COING [86]. La configuración de la naturaleza de las cosas encierra un orden capaz de fomentar básicamente su sentido axiológico.

Aquí la problemática se dirige hacia la posibilidad de una

---

84 El modo de ser de las cosas muebles e inmuebles, por ejemplo, funda en su naturaleza diversas formas de trasmisión de la propiedad. Asimismo, la inmadurez intelectual del niño es un dato de la naturaleza de la "cosa" que debe ser considerado para brindarle protección y seguridad, etc.

85 COING, Helmut ... Op. cit., p. 139.

"justificación objetiva" de las discriminaciones valorativas implicadas en el conocimiento de la "naturaleza de las cosas" [87]. Precisamente "lo que caracteriza al pensamiento jurídico contemporáneo es la búsqueda de los valores" [88].

Todo acto humano, en cuanto tal, se realiza en vista de un fin y su valor se relaciona con valor del fin perseguido (ARISTOTELES, SANTO TOMAS) Asimismo, los sistemas axiológicos establecen sus prioridades en función de fines. La clave misma de la formación del Derecho es la idea de fin (IHERING). Una larga y robusta tradición liga la justicia al fin del Derecho como valor supremo y el bien común (incluidas la seguridad y la utilidad) como valor derivado. Pero justicia y bien común están inextricablemente unidos. Como hemos visto anteriormente, ARISTOTELES destaca el carácter social de la justicia, su dirección hacia el bien común. Mas "dar a cada uno lo suyo", encierra también una clara referencia a la individualidad humana. La acusación de tautología lógica se dirige más a la apariencia lingüística que a la interpretación sistemática. "Lo suyo", no es otra cosa que lo que corresponde a cada uno según la naturaleza de las cosas y de las situaciones". Caben aquí, tanto las "conclusiones" como las "determinaciones" (SANTO TOMAS). Especialmente estas últimas le dan carácter de juicio sintético [89].

Cabe notar que la vía analítica no es suficiente para establecer lo correcto a la luz de la justicia y de los demás valores morales implicados. En una proporción considerable de casos será necesario "recurrir a la consideración empírica de los resultados" [90]. Por ello hoy "se acepta conscientemente que la elaboración del Derecho supone admitir que algunos resultados son dignos de investigación" [91].

---

86 Cfr. ibid., p. 141.

87 Ya dijimos que la "naturaleza de las cosas" se refiere a las estructuras inteligibles del orden del ser y que su conocimiento es la resultante de la articulación de esas estructuras de la realidad con las estructuras gnoseológicas, incluido el sistema simbólico del sujeto.

88 BATIFFOL, Henri... Op. cit., p. 66.

89 La idea de justicia es inseparable de la concepción de la vida en común que se adopte, la cual actuará desde las estructuras del "sistema simbólico" del cognoscente.

90 BATIFFOL, Henri ... Op. cit., p. 74.

91 Ibid., p. 77.

Pero la determinación de los objetivos deseables, tanto de los inmediatos como de los ulteriores, revive el problema de la objetividad. Por ello BATIFFOL observa que "parece vano pensar en construir un derecho libre de toda discusión sobre la concepción general de la vida"[92]. Precisamente una de las peculiaridades de la "situación humana"[93] es la que lleva a afirmar del hombre que es una criatura que está constantemente en busca de sí misma: "en todo momento de su existencia tiene que examinar y hacer el escrutinio de las condiciones de la misma"[94]. Esta capacidad crítica y problematizadora, y las dificultades de la certeza del conocimiento humano frente a la complejidad de sí mismo y de su mundo, pertenecen a la "naturaleza de las cosas". Por esto no es posible evitar una pluralidad de valores, de fines y de medios, cuyas posibilidades de conflicto, pero también de esclarecimiento mutuo, se apoyan en la **razón crítica** y en la **razonabilidad humana**. En este sentido, MAX WEBER ha descatado cómo aun los ideales y los juicios de valor son susceptibles de crítica científica. a) En primer lugar, la cuestión de si los medios son apropiados para los fines dados, es incondicionalmente asequible a la consideración científica. Una vez que podamos establecer válidamente cuáles medios son apropiados o ineptos para un fin propuesto, podremos ponderar las posibilidades de alcanzar un fin determinado con tales o cuales medios disponibles. Por tanto, a partir de las disponibilidades de una situación histórica dada podremos criticar los fines propuestos mismos. b) También es posible determinar las consecuencias queridas y no queridas derivadas de la aplicación de un medio específico. Esto permite ponderar el "costo" del fin deseado, en términos de la pérdida posible de otros valores. c) Asimismo, la ciencia puede ofrecer el "conocimiento del significado" de aquello a que se aspira, desarrollando las "ideas" implicadas en el fin concreto. d) El tratamiento científico enseña, además, a juzgar críticamente los fi-

---

92 Ibid., p. 79.
93 Cfr. FROMM, Erich ... Etica y Psicoanálisis.— México, F. de C.E., 1965.— Pp. 48 y ss.
94 Cfr. CASSIRER, Ernst... Op. cit., pp. 19 y ss

nes: "enjuiciamiento lógico-formal del material que se presenta en los juicios de valor e ideas históricamente dados y un examen de los ideales con respecto al postulado de la **ausencia de contradicción** interna de lo querido" [95].

Es claro que las conclusiones de una ciencia analítico-descriptiva tienen que limitarse a mostrar **qué se puede** o **qué se quiere;** pero la ciencia del Derecho es normativa y tiene la exigencia de trasponer el umbral de **lo dado** para establecer **lo debido,** como hemos visto, con fundamento **in re.** Todo el asombroso contenido teórico y metodológico de la ciencia moderna, en manos del jurista, pierde su fin en sí mismo y se convierte en instrumental al conocimiento de la "naturaleza de las cosas", incluidas ciertas lineas de "resistencia" propias del orden estructural de los seres y de las situaciones que actualizan el desarrollo de sus potencialidades.

Pero como los seres por excelencia del Derecho son los seres humanos, "una ley universal de personalidad" resulta modelo y medida de toda relación social (DEL VECCHIO) [96].

Mas en este campo la razón pura teorética y la lógica tradicional, propias del conocimiento físico-matemático, han demostrado la misma insuficiencia y estrechez que en el caso de la determinación de las sentencias.

La crítica jurídica más reciente (IHERING, HOLMES, GENY, KANTOROWICZ, EHRLICH, CRUET, MORIN, POUND, CARDOZO, HECK, VIEHWEG, VILLEY, BALLWEG y otros) [97] ha demostrado que la función judicial no consiste solamente en la aplicación de mecanismos lógicos que desemboquen en la sentencia como conclusión. Se trata más bien de una actividad intelectual de alta complejidad cuyos elementos se integran recíprocamente formando un todo consistente en una cuasi "determinación" de las pretendidas "premisas" de derecho y de hecho que darán lugar a la sentencia. En ella no es posible aislar un pensamiento

---

95 Cfr. WEBER, Max... Ensayos sobre Metodología Sociológica.— Bnos. Aires, Amorrortu Ed., 1973.— Pp. 41 y ss.

96 DEL VECCHIO, Giorgio ... Op. cit., pp. 483 y ss.

97 Cfr. RECASENS SICHES, Luis... Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "Razonable".— Pp. 411 y ss.

"lineal", silogístico, preciso. Ya KANT había distinguido el **factum** de lo moral y la "razón práctica" cuyos principios y "razones" son diferentes de los principios y "razones" de la "razón pura" y su **factum** teorético. También había individualizado la experiencia o hecho de la finalidad en la estética y en la naturaleza ("Crítica del Juicio") [98]. En esta línea, RECASENS SICHES, apoyando su razonamiento en una sólida tradición filosófica [99], reivindica un cuarto **factum** que encuentra como dato manifiesto en la "experiencia jurídica" aunque tal hecho no sea exclusivo de tal experiencia.

> "Se trata del **factum** de los problemas sociales humanos (políticos, jurídicos, económicos, etc.), sobre los cuales los hombres deliberan, discuten, argumentan, y se esfuerzan por atinar en una solución, respecto de la cual no se puede predicar la nota de verdad ni su contraria de mentira, o falsedad, la de exactamente acertada o notoriamente errónea; ni la calificación de absolutamente buena o absolutamente mala; antes bien, otros tipos de calificaciones: la que parece más justa, más adecuada, más conveniente, más fructífera, más apropiada, más viable, más eficaz, menos peligrosa, más humana, más sensata, más discreta, más circunspecta, más cuerda, más juiciosa, más cauta, con mayor dosis de buen sentido, más prudente, etc." [100].

Este territorio boscoso de la experiencia de las cosas humanas ha sido explorado por el pensamiento **dialéctico** de la antigüedad clásica griega, sobre todo por ARISTOTELES, para quien la **Dialéctica** es el arte de los argumentos probables, intermedio entre la Retórica y la Analítica, al cual consagró su tratado de los **Tópicos** [101]. Para ARISTOTELES la diferencia entre conclusiones **apodícticas** y **dialécticas** está en que las primeras provienen rigurosamente de proposiciones verdaderas y primarias, y las

---

98 Cfr. ibid., pp. 329 y ss.
99 Cfr. ibid., pp. 336 y ss.
100 Cfr. ibid., pp. 332 y ss.
101 Cfr. LALANDE, André y otros ... Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía.— Bnos. Aires, Ed. El Ateneo, 1967.— Pp. 239 y 1057.

segundas de opiniones; pero de opiniones sometidas a crítica y ponderación de probabilidades o de prudencia. Precisamente la discusión, el debate **dialéctico,** se explica en tanto trata pensamiento problemático y no apodíctico: "nadie delibera sobre cosas que no pueden ser de otro modo". La guía: la virtud de la **prudencia,** la inteligencia práctica, a que antes nos hemos referido.

Retórica, dialéctica, tópica, pensamiento aporético [102], puede entendérseles como temas recurrentes y en desarrollo a los que también debe asociarse nombres contemporáneos: VIEHWEG, PERELMAN, DILTHEY, DEWEY, ORTEGA y GASSET, TOULMIN, BARRY, etc. [103] y naturalmente RECASENS SICHES, quien concluye proponiendo la provincialización, desarrollo y actualización del **"logos de lo humano"** o **"razón de lo razonable",** que no es otra cosa que la aplicación de la racionalidad humana a los problemas humanos de carácter social: los políticos, los jurídicos, etc.

Pero si la aplicación del derecho nos ha llevado lejos de la lógica analítica tradicional, la formulación del derecho en la perspectiva del Derecho natural, es decir, el conocimiento valorativo y su derivación normativa de la "naturaleza de las cosas y de las situaciones", debe llevarnos también a la zona más guarnecida de lo razonable. Y esto porque legislar es juzgar y sentenciar, en otro nivel y en otra perspectiva, pero es juzgar y es sentenciar en contextos situacionales, en sentido integral, de la vida humana.

Sin embargo, sólo creemos válida la inclusión de la búsqueda de la naturaleza de las cosas humanas y del Derecho natural en el campo del **lógos de lo razonable,** si entendemos por "razonable" una zona de lo racional que, además, sea capaz de integrar, comprender, respetar y "humanizar" los datos de la ciencia; por discusión y deliberación, una búsqueda social de la verdad; y por conocimiento, el residuo quizá imperfecto pe-

---

102 Cfr. ibid., pp. 69.

103 Cfr. RECASENS SICHES, Luis ... Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "Razonable".— Pp. 353 y ss.

ro efectivo, no de los intereses, sino del proceso de acercamiento a la realidad **tal como es.**

En este sentido integral y por ello mismo complejo, la ciencia del Derecho ve renacer una nueva apertura hacia la comprensión del fenómeno jurídico como fenómeno humano integral. Ello quiere decir que la riqueza de contenido del Derecho va afirmándose, en lo que tiene de perdurable y noble, por medio de ajustes y correcciones, de modo semejante a un sistema de retro-alimentación en que el equilibrio, de fase variable, se procura en función de la "naturaleza de las cosas". Por eso parece acertado entender la historia de la filosofía del Derecho como la historia de la progresiva develación de los contenidos del orden natural del hecho humano, que es orden "razonable" orientado y delimitado por las condiciones fácticas de la realidad.

1.2.

La **ida-hacia-las-cosas,** implicada en el conocimiento de la naturaleza de las cosas, plantea complejas cuestiones de orden metodológico que la índole de este trabajo no permite incluir. Debemos aclarar, sin embargo, que intentaremos un acercamiento de orden fenomenológico al objeto de nuestro estudio. Interesa **el fenómeno como punto de partida** [104], no las concepciones dogmáticas que de él se tengan, sean éstas tradicionales, teóricas o jurídico positivas. Mejor dicho, una primera aproximación debe prescindir, hasta donde nos sea posible, de lo

---

104 Nos referimos a "fenómeno" en cuanto "contenido inmediatamente contemplado o vivido, en oposición a los contenidos sólo pensados, mediatamente conocidos. De acuerdo con tal acepción puede ser fenómeno un ente real (v. gr.: actos internos propios) o un objeto aprehendido esencialmente (v. gr.: triángulo)". VRIES, Josef de ... "Fenómeno", es BRUGGER, Walter.— Op. cit., p. 214. Asimismo, "fenómeno" es "lo que aparece a la conciencia, lo que es percibido, tanto en el orden físico como psíquico. "Los fenómenos biológicos".— "Los fenómenos afectivos". Se dice, en el sentido más amplio, de todos los hechos comprobados que constituyen la materia de las ciencias".

LALANDE, André y otros ... Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía.— P. 368.

que en ese momento serían pre-conceptos o pre-juicios. Posteriormente esas elaboraciones conceptuales serán valiosas como elementos existenciales descriptivos de la estructura "sustancial" del hecho o como elementos racionales para la crítica conceptual y para la fundamentación de las valoraciones normativas. Porque aquí indagar la "naturaleza de las cosas" es indagar la naturaleza de un hecho: la relación entre estudiante y Universidad.

Asumir la metodología del análisis del derecho positivo como única fuente de conocimiento de una institución, implicaría recaer en el positivismo analítico y en los errores del método exegético [105] cuyo vicio capital —como expresa GENY— es anquilosar el Derecho dando por válido que toda solución jurídica debe desprenderse deductivamente de la ley. Ello conduce al absurdo lógico de incluir **a priori** todo el sistema de derecho en un número de categorías lógicas inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, incapaces de acomodarse a las exigencias de la vida [106]. Además, supone una perfecta adecuación entre la expresión legal de la vida y la vida misma, entre las normalidades fácticas y la normatividad positiva. Actualmente, por influencia de la Sociología moderna, empieza a girarse hacia una visión más comprensiva y cada vez menos dogmática del Derecho y también hacia un **pluralismo del método jurídico** [107]. Ya no es posible detenerse en el análisis del sen-

---

105 Proyección de la ideología de la Revolución Francesa, la escuela de la exégesis, cuyos antecedentes se remontan a los glosadores y comentaristas, acusa las siguientes características según BONNECASE, su principal expositor: 1) culto al texto de la ley; 2) predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal de texto; 3) doctrina estatista consistente en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infalibilidad; 4) espíritu metafísico; 5) respeto a las autoridades y precedentes. Cfr. BADENES GASSET, Ramón.. Metodología del Derecho.— Barcelona, BOSCH, 1959.— Pp. 83 y ss.

El método exegético "resuelve cómodamente el problema del concepto del derecho afirmando que es lo que se da: la ley, llegando al máximum de positivismo y racionalismo prescindiendo de consideraciones sociológicas, espirituales, morales o económicas. Y en definitiva no recompone, sistematiza ni construye, agotándose en la deducción y en el análisis". Ibid., p. 95.

106 Ibid., p. 95.

107 "El siglo actual se caracteriza por una visión pluralista del método jurídico que se traduce en un sincretismo metodológico, al que se llega no por la comodidad que supone adoptar posturas conciliadoras o intermedias sino

tido de las normas jurídicas positivas sin preguntarse por su funcionamiento efectivo y su eficacia en el seno social, así como por el hecho social mismo, su significado jurídico y sus necesidades de cambio vinculado al Derecho [108].

De aquí la necesidad de ir "hacia las cosas mismas" y "ver" [109]. La complejidad del objeto y el peligro de ver más de lo que hay en el objeto, requiere evitar los "fantasmas" que suelen presentarnos el hábito y las concepciones puramente deductivas o solamente operacionales.

Por eso, el método más adecuado será aproximarnos al objeto de nuestro estudio, poniendo entre paréntesis nuestra subjetividad y nuestros conceptos previos (vale decir, los pre-juicios, tanto si provienen de nuestra personalidad co-

---

porque a fuerza de penetrar en la temática de la metodología se ha llegado casi unánimemente a la afirmación —consciente y razonada— de que la cuestión de los procedimientos metódicos, precisamente por su característica complejidad, exige superar las soluciones monistas insuficientes por su simplicidad para resolver el problema".

Ibid., p. 277.

108 En este sentido es importante el aporte de la escuela sociológica del Derecho, de los Estados Unidos. Frente a la pretensión de autosuficiencia de la Ciencia del Derecho, ROSCOE POUND demanda una colaboración con espíritu de trabajo en equipo con las demás ciencias sociales. Cfr. BODENHEIMER, Edgar ... Op. cit., p. 348; también FRIEDRICH, Carl Joachin ... La Filosofía del Derecho.— México, F. de C.E., 1964.— Pp. 254 y 259.

Asimismo, la sensata apertura del juez OLIVER WENDELL HOLMES. Cfr. BODENHEIMER, Edgar ... Op. cit., p. 348; FRIEDRICH, Carl Joachin ... Op. cit., pp. 19, 332, 335.

Para un estudio más amplio, incluyendo al juez BENJAMIN CARDOZO quien "presenta con incomparable penetración la complejidad de la realidad social del derecho, de la que muestra con singular claridad la pluralidad de los planos de profundidad y sus mutuos conflictos" cfr. GURVITCH, Georges ... Sociología del Derecho.— Rosario, Ed. Rosario, 1945.— Pp. 169 y ss. Para su ubicación dentro de la problemática de la Sociología del Derecho, cfr. también GURVITCH, Georges ... Problemas de la Sociología del Derecho, en Tratado de Sociología, dirigido por el propio GURVITCH ... Bnos. Aires, Ed. Kapelusz, 1963.— T. II, pp. 199 y ss.

109 "Ver", aquí, significa más que el ver meramente sensible de los positivistas. En HUSSERL, se aplica a un ver intelectual, a una "intuición esencial", la visión del "eidos" o estructura fundamental del objeto, desentendida de toda subjetividad o supuesto previo. Cfr. BOCHENSKI, I. M. ... La Filosofía Actual.— Pp. 152 y ss. y Los Métodos Actuales del Pensamiento.— Madrid, Ed. Rialp S.A., 1962.— Pp. 62 y ss.

Nosotros lo tomamos como un esfuerzo de objetividad, más en el sentido de TEILHARD DE CHARDIN (cfr. El Fenómeno Humano.— Madrid, Taurus, 1966.— Pp. 43 y ss.) que en el supuesto de una posible objetividad absoluta. Cfr. también BOCHENSKI, I. M. ... Los Métodos Actuales del Pensamiento.— P. 51.

mo desde fuera: las definiciones teóricas, tradicionales, legales, reglamentarias o de la práctica administrativa, etc.), es decir, adoptando un enfoque fenomenológico [110], inspirado en HUSSERL [111] y como actualmente es entendido [112].

---

110 "Fenomenología" en sentido general se entiende como el "estudio descriptivo de un conjunto de fenómenos, tales como se manifiestan en el tiempo o el espacio, por oposición sea a las leyes abstractas y fijas de estos fenómenos; —sea a realidades trascendentes cuya manifestación serían; —sea a la crítica normativa de su legitimidad".

LALANDE, André y otros ... Op. cit., p. 371.

111 Seguimos la opinión de BOCHENSKI en el sentido de considerar la "reducción eidética", "dejando aparte la "fenomenológica" (o"trascendental") ya que ésta está demasiado unida a las doctrinas de HUSSERL, de manera que no es posible considerarla como método de significación general". BOCHENSKI, I. M. ... Los Métodos Actuales del Pensamiento.— P. 44.

Respecto del **valor científico del método fenomenológico**, cito la autorizada opinión de BOCHENSKI:

"No sólo **hay** un método fenomenológico, sino que es absolutamente necesario su uso para proceder correctamente. Hasta aquí los mismos fenomenólogos. Su punto de vista es puesto en duda por los empiristas y los criticistas. Pero ... es el método empleado por una gran parte (quizá por la mayoría) de los filósofos actuales y contiene además, un buen número de reglas que tienen validez desde cualquier punto de vista. Cabría considerar casi todas **las reglas del método fenomenológico como reglas científicas generales**; lo cual, es cierto, no corresponde a la intención de los mismos fenomenólogos. Sin embargo, es evidente que formularon reglas importantes y de validez general para el pensamiento teórico".

Ibid., p. 47 (subrayado nuestro).

112 FERRATER MORA en "La Filosofía Actual" (Madrid, Alianza Editorial S.A., 1969.— Pp. 45 y ss.), refiriéndose al desarrollo de la fenomenología y a sus interpretaciones, recuerda que como escribió MERLEAU-PONTY la fenomenología puede ser considerada como **"un modo o estilo de pensar"**, o sea que, como SCHELER ha indicado, sería fundamentalmente una **"actitud"**. El siguiente párrafo de LLAMBIAS DE AZEVEDO (Max Sheler.— Bnos. Aires, Ed. Nova, 1966.— Pp. 25 y 26) es especialmente significativo: "La Fenomenología no es para SCHELER una "escuela" con tesis comunes, sino **una actitud** (Einstellung) común a muchos filósofos frente a los problemas. Esa actitud consiste en una mirada espiritual en la que se recibe algo para contemplar o vivenciar Erleben, vivir psíquicamente) que de otro modo quedaría oculto: se descubre así una esfera de "hechos" de especie peculiar. SCHELER distingue tres clases de hechos: los hechos de la concepción natural del Mundo, los hechos de la ciencia y los hechos "puros" o "fenomenológios". La Fenomenología, pues, está orientada a hechos y no a construcciones, y por consiguiente se basa en la experiencia. En efecto, la actitud fenomenológica no es un método de pensar (inducción, deducción) sino un procedimiento de intuición, que capta los hechos antes de toda fijación lógica ... Es indiferente la vía por la que se llega a intuir. Puede ser una observación, un experimento físico o mental..."

Asimismo algunas investigaciones fenomenológicas son buen ejemplo de la amplitud actual y potencial del método: cfr. HESSEN, Johan ... Teoría del Conocimiento.— Bnos. Aires, Ed. Losada S.A., 1970.— Pp. 25 y ss.; DONCEEL, J.F. ... Antropología Filosófica.— Bnos. Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1969.— Pp. 31 y ss.

Ello no significa que hayamos optado por "reconstruir" fenomenológicamente todos los conceptos necesarios al esclarecimiento de un asunto aparentemente simple, pero, como toda realidad, vastamente complejo. Se trata de una aproximación metodológica a la identificación del objeto, precisamente para estudiarlo luego a la luz de la ciencia jurídica moderna, aunque sin perder una actitud fenomenológica básica.

Esto implica asumir la posibilidad y la validez de un pluralismo metodológico, que procuraremos respetar.

CAPITULO 2

CONCEPTO DE LA MATRICULA UNIVERSITARIA

2.1.

La simple observación nos muestra que las conductas en la vida social no se producen desordenada e incoherentemente. Basta espectar la actividad de los seres humanos para percibir que normalmente no se atropellan y que, a pesar de un aparente capricho o arbitrariedad general, las conductas están ordenadas y concertadas unas con otras a modo de una inmensa orquesta. Por ello el profesor WERNER GOLDSCHMIDT se refiere a conductas objetivamente repartidas en los individuos y profundamente ordenadas, fenómeno al que denomina "orden de las conductas de reparto" [1]. Este reparto de las conductas trasciende el fenómeno jurídico. La vida de relación, la esfera de los fenómenos socio-culturales, está profundamente ordenada y jerarquizada [2]. El orden social es el género próximo del

---

1 GOLDSCHMIDT, Werner ... Introducción al Derecho.— Bnos. Aires, Aguilar, 1962.— Pp. 27 y ss., 51 y ss.

2 Sin su componente de significaciones, valores y normas las acciones humanas carecen de sentido socio-cultural y se reducen a simple acontecer . Un disparo de revólver sólo es un asesinato valorativamente malo y normativamente prohibido, cuando al acontecer físico se superponen estos componentes socio-culturales. Cfr. SOROKIN, Pitirim A. ... Sociedad, Cultura y Personalidad.— Pp. 57 y ss.

"... sin orden normativo no podría haber sociedad humana porque el equipamiento innato del organismo humano no es suficientemente amplio ni está lo bastante integrado para proporcionar reacciones automáticas que resulten adecuadas, en términos funcionales, para la sociedad" (DAVIS). Esta cuida de influir en las conductas para mantener un orden social.

Cfr. MAC IVER, R. M. y PAGE, Charles H. ... Sociología.— Madrid, Ed. Tecnos S. A., 1963.— Pp. 142 y ss.; OGBURN, William F. y NIMKOFF, Meyer F. ... Sociología.— Madrid, Aguilar, 1966.— Pp. 481 y ss.; DAVIS, Kingsley ... La Sociedad Humana.— Bnos. Aires, EUDEBA, 1965.— T. I., pp. 29, 51 y ss.; MANNHEIM, Karl ... Sociología Sistemática (Introducción al Estudio de la Sociedad).— Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1960.— Pp. 155 y ss.

orden jurídico. De aquel sólo ciertas conductas son relevantes para el Derecho. Y no estas conductas tal y cuales son, sino solamente determinadas por un cierto repertorio de sus notas, las cuales configuran la conducta jurídica subsumida dentro de la denominación genérica de hecho jurídico o jurígeno [3].

Es, pues, en el "orden de las conductas de reparto", caracterizado por la distribución real de potencias e impotencias en las relaciones sociales [4], donde debemos situarnos para intentar asir las connotaciones del fenómeno matrícula.

2.2.

Esta se nos da como:

a) Un acto que pone frente a frente a dos sujetos: de un lado una persona individual, A, y del otro un grupo "estable" de personas, B.

b) El sujeto A inicia la acción buscando y solicitando la atención de B con una finalidad educativa. De primera intención B parece premunido de la potencia en la relación con A, a quien corresponde la impotencia. La decisión parece depender del arbitrio de B. La potencia le viene a B de que en ese momento

---

3 Cabe anotar que la conducta, en cuanto objeto jurídico, encierra dos planos: la conducta tal cual es, es decir, en tanto "objeto material" del derecho y la conducta en tanto "objeto formal", es decir, en tanto en cuanto es aprehendida por el derecho.

4 Cito dos ejemplos de GOLDSCHMIDT:

"El comprador y el vendedor de un departamento reparten de mutuo acuerdo entre sí la propiedad del departamento y una cantidad determinada de dinero, de suerte tal que cada cual adjudica al otro lo que tiene, en contraprestación de lo que recibe en base de la adjudicación de la otra parte".

"En la hipótesis del carterista nos encontramos con dos repartos distintos. El primer reparto es el que el mismo carterista lleva a efecto al vaciar los bolsillos, reparto por el cual se atribuye a sí mismo la potencia económica que las cantidades pecuniarias hurtadas significan, y a sus víctimas la impotencia correspondiente. El ladrón que es descubierto inmediatamente después de sustraer el objeto y aprehendido en el acto, no logra atesorar la potencia económica de aquél; por ello, no perpetra un hurto consumado sino sólo una tentativa de hurto. El segundo reparto se realiza cuando la policía le priva de la libertad y cuando luego el juez le impone el castigo determinado en el Código Penal".

GOLDSCHMIDT, Werner ... Op. cit., p. 30.

es la Universidad y es asimismo quien recibe la solicitud de actuar en favor de A, de acogerlo.

c) Sin embargo B, a quien en adelante llamaremos U, no posee la potencia de negarse arbitrariamente. Es decir, la potencia inicial aparentemente absoluta de U se encuentra limitada a hacer o no hacer, dentro de los márgenes admisibles de lo que es la verdadera potencia de A frente a U. Vale decir que la relación se da a partir de potencias e impotencias previamente determinadas. La voluntad de las partes no aparece como suficientemente libre o potente para crear todos los términos importantes de la relación o vínculo.

d) Los términos previos o requisitos necesarios para los actos de solicitud de A y de aceptación de U (forzosa si se producen esos requisitos) están normalizados de hecho (resultan algo "natural" en la relación) [5] sin necesidad de una especial referencia a los aspectos normativos.

e) La voluntad de ambas partes, A y U, tampoco puede modificar (en su relación concreta e individual) los términos de la relación futura ni imponerle modalidades o plazos consensuales: existe una normatividad detallada respecto de los requisitos necesarios para ciertos efectos denominados "académicos", los cuales se vinculan con los "antecedentes académicos" [6]. Respecto de otros efectos futuros la normatividad suele ser genérica [7] y, por último, existen efectos futuros no normados ni expresamente tratados, a pesar de su importancia [8]. La posibilidad de opción por parte del sujeto A es muy reducida (solicitar la relación o no; una vez solicitada optar por especialidades y cursos dentro de los límites normativos) y más reducida aún por parte del sujeto U, que se limita a cumplir lo normado sin poder discrecional alguno. Algunas veces suele

---

5 Normalmente nadie piensa en la posibilidad de que el sujeto U tenga el poder de negarse, sin más motivo, a matricular. Esto es tan "natural" que se produciría un fuerte sentimiento de injusticia si así sucedera.

6 Por ej.: haber "ingresado" o aprobado tales cursos o ciclos, etc., hace posible realizar tales o cuales estudios.

7 Respetar "la esencia de la propia Universidad" o "los fines de la Universidad", etc.

8 El futuro de la relación económica entre A y U, la posibilidad de ciertas decisiones que afecten el **status** académico y social de la profesión elegida, etc.

agregarse a los "aspectos académicos" un "compromiso" vinculado a la conducta futura del sujeto A, en un esfuerzo por aclarar y afianzar conceptos tales como "los fines de la Universidad", "las normas de la institución", etc.

f) Si bien es cierto que U no tiene poder discrecional alguno en cada caso concreto, sí lo tiene al establecer los términos y efectos presentes y futuros de la relación, en forma de normas o reglamentos. Este poder está también limitado por normas legales y por "la naturaleza educativa" de las cosas que trata.

g) La relación suele tener implicaciones económicas tales como el pago de "derechos académicos" por parte de A y en favor de U, aunque los conceptos varían frecuentemente. El monto de estos "derechos" o "pensiones" puede variar considerablemente según factores objetivos (condiciones económicas generales o institucionales y política universitaria, criterios técnico-administrativos como especialidad, ciclo de estudios, etc.) y según factores subjetivos (situación económica del solicitante, etc.) [9]. Asimismo la impotencia implicada en la sujeción al pago, puede desaparecer cuando el sujeto A invoca su incapacidad económica (frecuentemente derivada de la de sus padres); en este caso la impotencia económica otorga la potencia de no pagar (beca) o de hacerlo diferidamente (préstamo).

h) Uno de los aspectos de la relación, la presenta como una serie o complejo de trámites o "requisitos-procesales-para".

i) Perfeccionada la relación o "matrícula" se produce un efecto importante: el sujeto A adquiere la calidad de "alumno", lo cual le confiere potencias e impotencias respecto de "la Universidad" e inclusive respecto del mundo exterior a ella [10]. En ciertos casos las consecuencias alcanzan a los padres del alumno [11]. Otra consecuencia específica está en que el sujeto

---

9 Son factores subjetivos en tanto se vinculan a las condiciones personales; pero desde el punto de vista de la apreciación institucional son objetivos.

10 Por ej.: la potencia de pagar tarifas reducidas en ciertos medios de transporte, de poder acceder a becas u otros beneficios de otras instituciones, etc.

11 Por ej.: adquieren la potencia tributaria de mantener la deducción por la carga de familia que representa el estudiante, aún después de alcanzar éste la mayoría de edad.

A, al adquirir la calidad de alumno pasa a formar parte de "la Universidad" y a la vez mantiene relaciones con ella; esto implica que para ciertos efectos "es" la Universidad y para otros es "ajeno" a ella.

j) Las potencias e impotencias que le corresponden en "el orden de las conductas de reparto" son aprehendidas por el estudiante durante el ejercicio de su "papel" en la Universidad. Ese verdadero tejido de potencias e impotencias, de actividad y pasividad, tanto desde el punto de vista del estudiante como desde el de la Universidad no está codificado; pero existe en forma de un complejo de pautas o normas de diversa índole. Los repartos de conducta implicados se constituyen, de un lado, por acción de la autoridad; y de otro, por la ejemplaridad de los repartos [12]. No todos los repartos son valorados positivamente; los valorativamente negativos constituyen lo ilícito. Las "normas" implicadas van desde las puramente tradicionales o consuetudinarias [13] hasta las estrictamente legales [14] y reglamentarias [15].

k) El conjunto estructurado de dichos repartos de conducta y las relaciones de ello derivadas, constituyen un "establecimiento" que sin embargo no es una entidad fija o estática capaz de cimentar estable, clara y distintamente la distribución de poderes e impotencias; sino, por el contrario, un conjunto altamente dinámico y cambiante. Dicho dinamismo se origina en tensiones internas y en tensiones externas del mundo circundante. El "establecimiento" universitario no es, sino que está siendo. Continuamente está sujeto a la tensión entre el ser y el deber ser: su evolución, tal como señalábamos antes para

---

12 GOLDSCHMIDT se refiere al "plan de gobierno" y a la "ejemplaridad de los repartos". Esta última forma de constituirse los repartos no es otra que la imitación de antecedentes de repartos de hechos surgidos por iniciativa y motivos privados. Cfr. op. cit., pp. 31 y ss., 58 y ss., 75 y ss., 80 y ss.

13 Por ej: ponerse de pie cuando entra el profesor en el aula o elegir delegados de clase.

14 Por ej.: poder de nombrar representantes ante la Asamblea Universitaria (art. 108 del D. L. Nº 17437) o ante los organismos de gobierno de la Universidad (art. 188 del D. L. 19326).

15 Por ej.: poder para constituir libremente asociaciones compatibles con los fines de la Universidad, etc., art. 61 del Reglamento General de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

toda revolución, conlleva un profundo convencimiento de que existe un orden ideal al que tender.

I) El orden de repartos real se constituye (Cfr. supra, j) por acción de la autoridad estatal y de la autoridad universitaria y por acción particular basada en la ejemplaridad de los repartos previos; pero la coyuntura que hace posible dicho orden está ubicada en la relación alumno-Universidad [16]. Sin embargo, esta relación alumno-Universidad sólo es posible si se trata de la relación de un alumno individual con el resto de la Universidad; si se trata de "alumno" en sentido genérico esa relación es imposible, porque no existe Universidad sin alumnos . Tampoco parece exacta la relación alumno-profesor, porque ella puede darse fuera de la Universidad. La idea de finalidad específica o **télos** universitario debe agregarse necesariamente. Entonces, con mayor precisión, el orden de los repartos sólo es posible a partir de la relación especial alumnos-profesores. Esta relación especial parece constituirse acumulativamente a partir de las matrículas individuales; pero dichos actos, en verdad, reproducen en lo esencial el modelo previamente establecido.

II) El fin de la Universidad tiñe específicamente las relaciones universitarias de tal modo que los criterios de valor aplicables son los denominados "académicos" o, mejor aun, "educativos". A ellos se agrega la tendencia a realizar "un punto de vista sobre la justicia"[17].

m) Aparece una posible antinomia entre el estado del orden de repartos cuyo esquema está tácita o expresamente presente al momento de la matrícula y el nuevo estado probable del orden de repartos posterior . Esta antinomia es posible, tanto por acción de la Universidad en su conjunto, como por acción de una de sus partes. Asimismo es posible que pueda afec-

---

16 Debe tenerse presente la dualidad de significación de la palabra Universidad tal como aparece: a) la entidad supraindividual que se muestra a cada uno de sus integrantes como preexistente; y b) la entidad colectiva que involucra necesaria y esencialmente las relaciones de todos sus integrantes.

17 Cfr. LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Filosofía del Derecho.— Pp. 465 y ss. El concepto de LEGAZ se adapta claramente a la forma en que se nos muestra un orden universitario concreto.

Cfr. también GOLDSCHMIDT, Werner ... Op. cit., p. 32.

tarse individualmente los intereses de alguna de las partes, especialmente de los alumnos, para quienes un retiro o ruptura con la Universidad significa el sacrificio de tiempo y energías irrecuperables y económicamente invalorables.

n) El incumplimiento de la normatividad formal no suele estar suficientemente previsto en sus modalidades ni en el procedimiento de aplicación de sanciones, las cuales señalan como pena máxima la exclusión de la Universidad que aplica la sanción y de todas las demás. Cuando el incumplimiento se produce por parte de "la Universidad" no se ve claramente las sanciones posibles, salvo las imprecisas posibilidades de intervención estatal o de organismos supraúniversitarios.

2.3.

Hasta aquí hemos intentado una aproximación fenomenológica, en sentido amplio, a la matrícula universitaria, en aras de establecer su concepto.

Intentaremos resumir su contenido de la siguiente manera:

La matrícula universitaria es el acto por el cual entra en relación cada estudiante con cada Universidad, a la cual pertenecerá en adelante como parte integrante. Esta relación implica un reparto de conductas establecido de antemano, que a su vez incluye un orden de normas cuyo carácter general es mutable aun sin la participación directa de cada uno de los interesados y sin compensación posible en caso de resultar el nuevo orden lesivo para alguno. El incumplimiento no aparece suficiente ni precisamente previsto.

Hemos excluido intencionalmente, y hasta donde ha sido posible, una descripción a través de categorías jurídicas para evitar que las poderosas connotaciones del mundo jurídico puedan influir **a priori** en nuestra aprehensión de la matrícula universitaria.

Ante todo, encontramos más que un mero trámite administrativo; se trata de un acto que pone en profunda y compleja relación dos entidades humanas, una individual, la otra institu-

cional [18], en función de una finalidad educativa específica. Si esa finalidad educativa no es otra que trasmitir, y ello implica necesariamente conservar y acrecentar [19], la cultura a un nivel no limitado, por razón de las proyecciones sociales de dicha tarea (las cuales son inconmesurables en su totalidad; pero, asimismo, evidentes) se comprenderá la trascendencia de este acto hasta hoy quizá no suficientemente estudiado. Tratándose de la tarea de una institución tan antigua y siempre tan nueva como la Universidad, la matrícula, implicada en esta forma de convivencia humana, cobra un sentido instrumental de primerísima importancia.

2.4.

Sin embargo, el análisis fenomenológico de nuestro objeto queda limitado a la aprehensión intelectual de la esencia del hecho "puro"; pero ello no es suficiente, es necesario penetrar a otro nivel o plano de conocimiento en busca de una nueva aproximación al hecho mismo. El Derecho no es sólo expresión del deber-ser, no es solamente fenómeno normativo, también es un hecho, existe como fenómeno del mundo del ser con un sentido determinado y manifiesta un entendimiento específico de la realidad social que pretende normar. El hecho supuesto en la norma, el hecho del Derecho, representa esa realidad social tal como ha sido entendida por el Derecho positivo de un tiempo y un lugar determinados. La diferencia de clase de esta representación jurídica relativa se debe no a que el hecho mismo sea diverso, sino a que las connotaciones del hecho que interesan al Derecho son específicamente las dirigidas a la realización de sus fines específicos [20]. Pero como el derecho po-

18 Con el término "institucional" deseamos aquí significar la personalidad colectiva que reposa en una idea de finalidad, afirmada por un profundo orden normativo.

19 Está en el carácter mismo de la cultura tender a desarrollarse, no es posible conservarla sin acrecentarla ni trasmitirla .

20 Los intereses específicos de cada campo del conocimiento científico determinan el "objeto formal" de cada ciencia. Las connotaciones de un mismo objeto captadas por la Física, la Química, la Biología, la Sociología, la

sitivo tiende a realizarse y efectivamente se realiza en diverso grado, es decir, como el derecho positivo realiza una acción generalmente eficaz sobre el hecho social, conviene asumir la denominada "función descriptiva de la norma"[21], teniendo presentes las limitaciones ya anotadas y el hecho frecuente de que no toda norma es redactada o cumplida tal como la intención del legislador lo deseaba o como la **"ratio legis"** lo entiende[22].

2.5.

A partir de las anteriores consideraciones, pasaremos a examinar el derecho positivo en el Perú.

Si se somete a análisis la legislación universitaria de los últimos cincuenta años, desde la Ley Nº 6041, Estatuto Universitario de 1928, hasta la vigente Ley General de Educación, Decreto Ley Nº 19326, de 1972, a través de nueve dispositivos legales[23] puede advertirse que cuatro de ellos hacen apenas referencias ligeras o tangenciales a la matrícula (L. Nº 6041 de 1928, D. L. Nº 7029 de 1931, L. Nº 9359 de 1941 y D. L. Nº 11003 de 1949), cuatro tienden a precisar su contenido conceptual (L. Nº 7824 de 1935, L. Nº 13417 de 1960, D.L. Nº 17437 de 1969 y D. L. Nº 19326 de 1972) y uno, aludiendo

---

Economía, el Derecho ...son seleccionadas de acuerdo con los intereses específicos de estas ciencias. Por ello son precisamente ciencias particulares y no Filosofía. Cfr. HESSEN, Johan ... Teoría del Conocimiento.— Pp. 11 y ss.

21 Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner ... Op. cit., pp. 33 y ss.

22 GOLDSCHMIDT expresa gráficamente estas limitaciones de la función descriptiva de la norma afirmando que "sería lícito sostener que las leyes son de cierto modo una novela rosa comparada con la realidad". Sostiene asimismo, que la lectura de la literatura jurídica es de mayor garantía (Cfr., op. cit., p. 34). Más en el caso de la matrícula universitaria tropezamos con una nueva dificultad: esa literatura jurídica, o no existe o está reducida a experiencia institucional dispersa en variados documentos.

23 No consideramos la reimplantación, en 1930 del régimen de la Ley de 1920 (seis meses) por "la fugaz Junta Militar que presidió el General Manuel María Ponce". Cfr. BASADRE, Jorge ... Historia de la República del Perú.— Lima, Ed. Univ., 1970.— T. XV, p. 123. Tampoco consideramos el Decreto de Clausura de la Universidad de San Marcos de 1932, ni el Decreto Ley Nº 11015, ampliatorio del D.L. Nº 11003 de supresión del cogobierno. Del mismo modo no consideramos, para estos efectos, los dispositivos modificatorios del D. L. Nº 17437: Decretos Leyes Nos. 17706, 17757 y 17833 (de 1969); 18112 (de 1970) y 19245 (de 1971).

sólo indirectamente a la matrícula como "inscripción", muestra su modo de entender la relación misma (L. Nº 10555).

En todos los casos las concepciones subyacentes, más o menos claramente, suponen una adscripción de derechos y obligaciones, de origen estatutario. Estos inciden sobre la matrícula, previamente determinados por la ley, los reglamentos y la autoridad universitaria. Sin embargo, en ciertos dispositivos legales puede percibirse tendencias a atenuar los elementos estatutarios de la relación, enfatizando elementos de orden contractual; mientras en otros, se encuentra una intensificación del factor **status** (Cfr. infra cap. 8).

Así, la Ley Nº 7824 (art. 114) al referirse a la matrícula como "compromiso solemne de honor de parte de los alumnos de respetar y obedecer las leyes y reglamentos universitarios...", incide en la idea de autolimitación de la libertad, pero, es preciso anotarlo, trata de desplazar la relación del campo jurídico hacia el del honor. Esto, a nuestro juicio, significa una intensificación de factores subjetivos (sentimiento del honor), vinculados a una premisa de libertad individual hipertrofiada, que pretende fundar en el honor la obediencia a leyes y reglamentos.

La Ley Nº 10555 (art. 33) al hablar de simple "inscripción", supone como obvia la "situación" estatutaria. Con más precisión, la Ley Nº 13417[24] se refiere a un "sometimiento a las **leyes y autoridades** de la Universidad" (art. 54) y a obligaciones y derechos señalados por los estatutos (art. 55).

La Ley Orgánica de la Universidad Peruana (D. L. Nº 17437) de 1969, intentó una definición:

---

24 Ley Universitaria Nº 13417 de 1960:

"Art. 54.—Son alumnos de las Universidades los estudiantes que se hallen matriculados en ellas de acuerdo con los requisitos que fijan los correspondientes Estatutos.

La matrícula de los alumnos implica el sometimiento a los reglamentos y autoridades de la Universidad".

"Art. 55.—Los Estatutos de las Universidades señalarán los derechos y obligaciones de los estudiantes y las sanciones que deriven del incumplimiento de éstas.

Es obligatoria la asistencia ...", etc.

"Art. 93.—El Régimen de estudios deberá comprender la matrícula en un Programa Académico determinado o en asignaturas indivinduales".

"Art. 107.—La matrícula en una Universidad es el acto formal y voluntario que acredita la condición de estudiante universitario e implica el compromiso de cumplir en la presente Ley, el Estatuto General de la Universidad Peruana y el Reglamento de la respectiva Universidad. La condición de estudiante universitario conlleva la observancia de un elevado nivel de comportamiento y dedicación a los estudios y actividades de la Universidad".

El Estatuto General de la Universidad Peruana, derivado de dicha Ley Orgánica, se limita a reproducir en sus arts. 197 y 211 los mismos conceptos, sin desarrollo ni aclaración alguna.

Las características de la matrícula, según estos dispositivos, son:

a) Se trata de un acto formal y voluntario;
b) acredita la condición de estudiante universitario;
c) implica un compromiso: cumplir la Ley Orgánica de la Universidad Peruana, el Estatuto General de la Universidad Peruana y el Reglamento de la respectiva Universidad;
d) sólo se entiende en función del régimen de estudios.

Es decir, mientras la Ley Nº 13417 no hacía referencia a la voluntariedad y formalidad del acto de matrícula, ni a compromiso alguno, sino más bien a "sometimiento" a reglamentos y autoridades, el Decreto Ley Nº 17437 subraya los elementos voluntarios ("acto", "voluntario", "compromiso") de la matrícula. Claro está que la Ley Nº 13417 no podía considerar la matrícula como involuntaria o forzada; pero reparó y se interesó menos en el ejercicio de la libertad individual del estudiante. Como ya hemos dicho, esto no quiere decir que la Ley Nº 17437 no se ubique en el área del **status:** baste comprobar que entiende la matrícula como crédito de la "condición" de estudiante universitario. Lo que expresa, es un ligero desplazamiento hacia el polo contractual.

La Ley General de Educación vigente (D. L. Nº 19326), se refiere a la matrícula universitaria en los siguientes artículos:

> "Art. 186.—Son alumnos los estudiantes matriculados en una institución universitaria. El Estatuto General de la Universidad Peruana garantizará que la variedad de matrícula y las modalidades de estudio no afecten la condición y los derechos de los alumnos matriculados".
>
> "Art. 187.—Los alumnos tienen el derecho y la obligación de participar en las responsabilidades de la marcha de la comunidad universitaria. Se reconoce el derecho de libre asociación con fines de carácter representativo, educativo, cultural, social y de deportes y recreación".

Aquí, como en otras leyes, la matrícula crea la relación estudiante-Universidad. Se es alumno a través de la matrícula. La referencia indirecta a "la condición y los derechos de los alumnos matriculados" (debió decir "de los estudiantes matriculados" o simplemente "de los alumnos", para evitar la redundancia) permite reconstruir un concepto que enfatiza nuevamente los elementos estatutarios, y omite, por menos importante, la referencia a un compromiso.

Hablar de estudiantes implica hablar de estudios y, dentro de una institución, hablar de orden. Por ello la referencia al "régimen de estudios" del D.L. Nº 17437 (art. 93) resultaba sustancial, especialmente si se interpreta en sentido amplio, porque coincide con la finalidad primordial de la Universidad. La trasmisión del conocimiento, en la Universidad, deviene ordenada o "regimentada" [25].

---

25 El Reglamento General de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su art. 58 define la matrícula del siguiente modo:

"Art. 58.—La matrícula es un compromiso legal por el que la Universidad asume la obligación de proveer a la formación humana y profesional de sus estudiantes y éstos la de participar en la vida universitaria y observar los reglamentos que la rigen. Asimismo, la matrícula reconoce el derecho de los estudiantes a participar en los organismos de gobierno de la Universidad, tal como lo prescribe la ley y el presente Reglamento.

La calidad de estudiante se adquiere por la matrícula y se mantiene por el cumplimiento del trabajo académico y de las tareas de formación universitaria".

Cabe anotar la referencia explícita al carácter legal del compromiso, a las obligaciones de ambas partes y al trabajo académico o régimen de estudios (cfr. también el art. 67 del mismo Reglamento).

Puede, en consecuencia, afirmarse una curva de evolución legal cuya tendencia general muestra un incremento de factores estatutarios.

2.6.

Pero, ni el análisis fenomenológico ni el análisis legal agotan todas las dimensiones del hecho. Existen, aparte de las condiciones legales y reglamentarias, globalmente mencionadas en los dispositivos legales estudiados, ciertas características que podrían denominarse, por el momento, "problemáticas", y que están directamente vinculadas con la naturaleza de la matrícula en tanto es universitaria.

2.6.1.

Los términos del compromiso, expreso o tácito, para sus aspectos específicos, se remiten al cuerpo normativo formal que rige la vida universitaria; más, como vimos antes, el "establecimiento" no es inmutable sino, contrariamente, cambiante y dinámico. Si la Universidad es básicamente un quehacer del espíritu, no parece posible que pueda sujetarse establemente a cauces más o menos cristalizados, trátese de significaciones, valores o normas. Sobre este supuesto, el cuerpo normativo podría variar imprevisiblemente y, por lo tanto, los términos y condiciones concretas de la matrícula. Y ello no necesariamente al agotarse las consecuencias de una matrícula por cumplimiento de su plazo o de su objeto y previamente a una nueva matrícula, sino posible y probablemente durante su vigencia. ¿Qué sentido tiene entonces su compromiso cuyos términos actuales pueden dejar de ser tales y ser sustituidos imprevisiblemente, puesto que ni siquiera la "carta constitucional" de la Universidad tiene vigencia más o menos estable? La respuesta parece estar en el derecho de los estudiantes a participar del gobierno de la Universidad (véase su sanción legal en el D.L. Nº 19326, art. 187) y, por lo tan-

to, de las decisiones que pueden cambiar los términos del compromiso a que nos referimos . Sin embargo, esa "participación" no puede alcanzar todas las instancias políticas y técnicas de la decisión y, por ello, se encuentra considerablemente limitada. Aquí aparece nuevamente el componente **status.** Consecuentemente la libre aceptación del **status** o condición de estudiante (no de igualdad entre las partes, sino de desigualdad tasada) y la participación en las decisiones, sujeta al **status,** parecería zanjar la cuestión. No es así. La falta de alternativas reales limitan fuertemente la voluntariedad profunda del acto.

2.6.2.

De otro lado, el compromiso de cumplir las normas legales y reglamentarias ¿hasta qué límites se extiende? Es claro que intentar el cambio de la ley dentro de los cauces de la ley es perfectamente lícito y que, por lo tanto, intenar un cambio en el "establecimiento" dentro de los cauces del "orden" es lícito y puede ser hasta encomiable. El problema político del procedimiento adecuado en circunstancias en que "el orden" es altamente restrictivo excede los límites de nuestra investigación. En cambio, sí nos incumbe preguntarnos por la voluntad de cambio, cuando ese cambio significa inequívocamente la destrucción de la institución misma, sea por ruptura o por cambio de identidad.

Nada parece obligar legalmente al estudiante a la fidelidad con la institución o Universidad concreta a la que pertenece. En todo caso ello aparece como reservado al campo de la moral o del honor. Sin embargo, el respaldo que la ley otorga al Reglamento de cada Universidad, supone el respeto a la identidad y personalidad de la institución. Así como un reglamento universitario concreto que no suponga una personalidad institucional no tiene sentido, el compromiso de cumplir un reglamento universitario concreto con el objeto de destruir la institución que lo subyace, tampoco tendría sentido alguno. Por lo tanto, el límite a la acción de cambio parece estar en el respeto a la identidad de la propia Universidad.

Cuál es el **ethos** de una Universidad concreta, su modo de determinarlo y su compatibilidad con el cambio, es tarea de una investigación, no por distinta menos necesaria.

2.6.3.

Otro aspecto de la matrícula, no esclarecido, es el de la duración de sus efectos. En principio, la matrícula muestra efectos estrictamente limitados a un "ciclo" académico. Sin embargo no es claro el momento en que cesan sus efectos, puesto que aún después de finalizado el período lectivo el estudiante conserva derechos tales como pagar una tarifa reducida en transportes, gozar servicios de bienestar, biblioteca, etc. de la Universidad, continuar ejerciendo la representación estudiantil, etc. En este caso sólo podemos acudir al modo de ser de la realidad, a la conducta normalizada, ya que la respuesta no ha sido prevista por la legislación. La normalidad social en este caso ha sido valorada positivamente y es considerada como deber-ser. Difícilmente habrá quien dude de si el estudiante conserva su calidad después de clausurado el ciclo o año académico. No es por gracia, sino por derecho, que la Universidad continúa prestándole atención y servicios. De otro lado, no se ve porqué la finalización de la actividad docente formal deba producir una discontinuidad en la calidad de estudiante. Más aún, dentro de las modernas tendencias pedagógicas se trata de no cerrar las puertas a la actividad estudiantil durante las llamadas "vacaciones". Cabe preguntarse, pues, en qué momento un estudiante deja de serlo, en circunstancias académicamente normales. Todo nos lleva a pensar que sólo cuando consta su voluntad de no continuar en la Universidad. Esta constancia puede producirse, de modo expreso, por comunicación del estudiante o, tácitamente por la no renovación de su matrícula dentro de los plazos establecidos. Este último caso constituye una verdadera presunción **juris et de jure**, por razón de una clara necesidad de orden administrativo.

La razón anterior explica porqué no admitir la matrícula

de un estudiante matriculado el ciclo inmediatamente anterior, sin que medien razones académicas, es sentido y considerado una expulsión.

A esto debe agregarse que la matrícula es capaz de engendrar por sí misma, **ipso jure**, ciertos derechos que van más allá de su vigencia: el derecho de que se conserven las calificaciones obtenidas durante su vigencia, el derecho de reclamar constancias y certificados, el derecho de hacer valer las consecuencias académicas obtenidas durante su vigencia, etc.

2.7.

El proceso de aproximación a la relación alumno-Universidad a través de la matrícula, revela los siguientes **elementos:**

a) Dos **sujetos** específicos: una Universidad y un estudiante.

b) Un conjunto o haz de **derechos y deberes correlativamente determinados** en función del proceso educativo de más alto nivel. Esta situación jurídica se incluye dentro de un conjunto de derechos y obligaciones establecidos genéricamente en un orden más amplio, que delimita los papeles de ambos sujetos; pero que no sólo no es permanente o estable, sino que puede variar por acción unilateral de la Universidad y aun sin su participación, por acción del poder estatal. La situación general y abstracta se crea por vía legal y reglamentaria; la situación individual o subjetiva, a través de un acto formal al que concurren, de un lado, la voluntad reglada de la Universidad (si-A, entonces B) y, de otro, el consentimiento limitado del estudiante frente a la única alternativa de la aceptación o el rechazo (A o no A, enonces A). Esta situación incluye, además, una serie de deberes supuestos o tácitos, menos precisos, pero no menos importantes (diligencia en la preparación de las clases, método, veracidad, respeto de las opiniones y de las personas, en fin, "el cuidado que pondría un verdadero maestro en el ejercicio de su misión").

2.8.

Establecido el contenido de la relación, es necesario precisar su **carácter jurídico.**

Es claro que la actividad propia de la relación estudiante-Universidad no está librada, en su ejecución, al libre arbitrio de los sujetos implicados. La institución universitaria está obligada a ejecutar, a través de sus órganos (profesores, cuerpos colegiados, funcionarios, etc.) todos los actos propios de su función cultural y educativa; el alumno está igualmente obligado a ejecutar todos los actos propios de su situación dicente y elemental del todo universitario. No es tarea fácil precisar dónde terminan los deberes morales y las espectativas sociales, y dónde comienzan los deberes jurídicos; pero es indudable que éstos existen y que dan a la relación carácter jurídico.

Las normas que organizan la función universitaria y la conducta del alumno no son jurídicas solamente en el sentido **formal** (leyes y reglamentos, producidos estos últimos directamente por el poder administrador o por las Universidades, a través de la potestad reglamentaria delegada), sino también en el **sustancial** o material. El análisis de dichas normas revela los siguientes caracteres jurídicos:

a) **Imperatividad.**—Es evidente que no se trata de simples consejos o exhortaciones, sino de órdenes o mandatos destinados a provocar una conducta acorde con ellos. Es importante señalar aquí, que tal carácter deriva de "la indispensabilidad de una **garantía social** de efectividad del derecho que dé seguridad para una correspondencia real de pretensiones y deberes", garantía que no puede encontrar fundamento suficiente sino en una estructura de autoridad real que corporice valores espirituales [26]. Así, en el caso de las normas provenientes de la potestad normativa (estatutos y reglamentos) propia de la autonomía universitaria, su validez se apoya, no solamente en la facultad conferida por la ley [27], sino también en el sentido mis-

26 Cfr. GURVITCH, Georges ... Sociología del Derecho.— P. 64.
27 Cfr. D.L. Nº 17437, arts. 8 y 23: D.L. Nº 19326, arts. 170 y 196.

mo de la estructura universitaria en tanto encarna valores humanos y sociales.

b) **Bilaterialidad.**—Estamos ante normas inter-subjetivas, trans-subjetivas o bipolares. Tal como la "teoría de los dos sujetos", de ROGUIN, lo ha precisado respecto de la relación de derecho, toda norma jurídica supone la bilateralidad como fenómeno básico. PETRAZIZKY ha señalado la estructura **imperativo-atributiva** propia de la norma jurídica, en la cual hay "una unión indisoluble entre lo debido por alguien y lo pretendido por otro" [28]. Baste observar que en el caso de la Universidad, lo debido por ella es elemento de mejor eficacia en el servicio prestado al estudiante, lo cual es claramente lo pretendido por éste.

c) **Generalidad.**—Normalmente las reglas jurídicas que rigen la Universidad son de orden general y abstracto, aplicables a un número no definido de casos. Debemos, sin embargo, recordar que para la Escuela de Viena (KELSEN, MERKL) también son normas jurídicas las de eficacia individual (sentencias, contratos, etc.), normas individuales que acusan sólo una diferencia de grado y no de naturaleza, respecto de las normas generales (leyes, reglamentos) [29].

d) **Objetividad.**—Se refieren al comportamiento humano exteriorizado u objetivado. La conducta regida es conducta humana y, por lo tanto, provista de sentido; no se trata de la pura exterioridad, ni de las puras intenciones. Inclusive en los casos en que el texto de la norma se refiere a propósitos, objetivos o principios [30], es claro que pretende provocar su traducción a acciones y conductas de eficacia realizativa. De otro lado, debe tenerse en cuenta que la aparente vaguedad de ciertas disposiciones referentes a algunos objetivos y principios del quehacer universitario,

---

28 GURVITCH, Georges ... Op. cit. p. 63.

29 DU PASQUIER reconoce que, sobre todo en el derecho público, "el límite no es preciso entre la regla abstracta del orden jurídico y la regla más concreta y especial emanada de un acto jurídico".

Cfr. DU PASQUIER, Claude ... Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.— Lima, Lib. Internacional del Perú, 1950.— Pp. 114 y ss.

30 Cfr. D.L. Nº 17437, arts. 2, 3, 4, 71 ("deben esforzarse"...); D.L. Nº 19326, art. 170.

puede explicarse en función del respeto a la autonomía universitaria como condición estimuladora de la creatividad [31].

e) **Coercibilidad.**—"Aunque su ejecución concreta no requiere necesariamente la coacción externa, el derecho admite la posibilidad de ser acompañado por esta coacción", dice GURVITCH, y agrega que "todo derecho acompañado de coacción presupone derecho no acompañado por ella, precisamente aquel que fija esta coacción. Además, es bien conocido que aquellas partes más importantes del derecho constitucional no están acompañadas de la coacción, sin hablar del derecho internacional, etc." [32]. La teoría del derecho también emplea el término "sanción" para expresar la idea de coacción. La sanción es consecuencia de la imperatividad, cuya base es la garantía social de eficiencia. Su fin es "ejercer una presión sobre los justiciables para que obedezcan al derecho. Secundariamente tiende también a reparar o a neutralizar los efectos de una conducta contraria al derecho" [33]. Creemos que el tema de la sanción en el campo jurídico de la Universidad, plantea una rica problemática, que aquí no podemos abordar: simplemente la esbozaremos. Respecto del alumno, es variada (desaprobación, eliminación académica?, amonestación, multa, suspensión, expulsión, etc.), a veces discutible, pero más clara que respecto de la Universidad. Para ella puede caber la ejecución forzada (omisión o rebeldía), reparación de ciertos daños e indemnización (pérdida culpable de documentos, imprevisión culpable, etc.), declaración de nulidades (documentos adulterados, etc.), a través de la vía interna o de la vía judicial. En caso de la comisión de delitos, la penalidad recae en la persona de los funcionarios o autoridades responsables, de acuerdo con la teoría por la cual las personas morales no pueden cometer delitos [34]. Sin embargo, existen normas cuyo incumplimiento no

---

31 Cfr. D. L. Nº 19326, arts. 153, 165, 195, 198.

32 GURVITCH, Georges ... Op. cit., p. 65.

33 DU PASQUIER, Claude ... Op. cit., p. 125.

34 Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis ... La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal.— Bnos. Aires, Ed. Sudamericana, 1973.— P. 210. CUELLO CALON, Eugenio... Derecho Penal.— Barcelona, Bosch, 1974.— T. I, V. I, pp. 313 y ss.

podría probarse fehacientemente y que, por lo tanto, no podría ser sancionado [35], lo cual, por cierto, no implica que no sean jurídicas.

La complejidad humana y las evidentes connotaciones éticas de la acción educativa, no excluyen, pues, al quehacer universitario, que en su mayor parte es objeto específico de la matrícula, del mundo jurídico. La naturaleza misma de la relación institucional posee caracteres relevantes para el Derecho, pues los intereses en juego, que van más allá de los individuos, deben ser protegidos. Si el Derecho ha penetrado en los hogares, en las fábricas, en las empresas de interés privado y público, no se ve por qué no había de preocuparse de la Universidad, cuya tarea está íntimamente ligada al desarrollo integral de la sociedad, el grupo humano y las personas.

Pero, para precisar la naturaleza jurídica de la relación alumno-Universidad, dentro de la estructura constitutiva de la Universidad, debemos someter a análisis los elementos implicados.

35 Cfr. D. L. Nº 19326, art. 170.

CAPITULO 3

SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA

3.1.

Como hemos visto, la matrícula pone en relación dos sujetos específicos: la Universidad y el estudiante. Pero hablar de sujetos es referirse a la personalidad, que es el supuesto previo del ordenamiento jurídico. Se atribuye facultades e impone deberes a personas, es decir, a entidades jurídicamente capaces [1] Y como quiera que la naturaleza humana y el Derecho son entrelazantes, la personalidad jurídica es un modo de existencia que a la vez es un modo de coexistencia, un "estar-con-otros". Ahora bien, junto a las personas llamadas "individuales", existen otras entidades basadas en ciertas necesidades humanas, cuya satisfacción sólo es posible a través de una cooperación intensificada. Las necesidades de la vida social, la existencia de in-

---

1 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF (Tratado de Derecho Civil).— Barcelona, Bosch, 1953.— T. I, V. 1. p. 318) entienden la personalidad como "una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes; equivale a la **capacidad jurídica**". Sin embargo, como sostiene FERNANDEZ SESSAREGO en su cuidado estudio sobre la noción jurídica de persona,

> "... la "personalidad" no es una cualidad que se agrega al hombre como sustrato, sino que la "personalidad" —entendida como concepto— es la forma como se aprehende jurídicamente al hombre como sujeto de derechos y obligaciones.
>
> La noción de persona se despliega así a través de dos preguntas "quién" es persona y "qué" es persona. A la primera, al "quién", tenemos que contestar: el hombre; a la segunda, al "qué", tenemos que responder diciendo que es un centro ideal de imputación de deberes y facultades normativas cuyo correlato objetal es el hombre".

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos ... La Noción Jurídica de Persona.— Lima, 1962.— P. 179.

Asimismo, no debe confundirse la capacidad jurídica, también llamada de goce, con "la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad" o capacidad de obrar. Cfr. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin ... Op. cit., T. I, V. I, pp. 318 y 319.

tereses comunes y semejantes [2] cuya promoción necesita de la cooperación ordenada y estable de las conductas humanas, han llevado a **"uniones e instituciones** permanentes, en una palabra, a **organizaciones** para el logro de tales fines comunes [3].

3.2.

Una de las formas que pueden asumir estas organizaciones para conseguir un fin común es la organización corporativa, la "asociación". Estas no son seres vivos en el sentido del biologismo organicista [4], ni un alma colectiva como ha pretentido el psicologismo sociológico [5]; pero tampoco son un simple nombre o ficción jurídica [6], ni un patrimonio adscrito a un fin,

---

2 Todas las relaciones sociales implican simultáneamente actitudes subjetivas e intereses objetivos. Intereses son los "objetos", todas aquellas cosas a las que el hombre consagra su atención. Estos "objetos", frente a los cuales el hombre toma actitudes, pueden ser desde fenómenos materiales (una casa, el sol, etc.), hasta creencias, teorías científicas y finalidades para la acción. Los intereses pueden clasificarse en: semejantes, cuando los poseemos distributivamente; b) comunes o compartidos, cuando los poseemos colectivamente, sin repartírnoslos. La adscripción a un fin o empresa impersonal es una de las formas principales de los intereses comunes. Cfr. MAC IVER, R. M. y PAGE, Charles H. ... Sociología.— Pp. 24 y ss., 461 y ss. También HENKEL, Heinrich ... Introducción a la Filosofía del Derecho (Fundamentos del Derecho).— Pp. 373 y 374.

3 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, p. 422.

4 Según la tesis organicista, los entes colectivos son organismos vivos comparables al individuo humano. Cabe mencionar a SPENCER, LILIENFELD, SCHAEFFLE (hasta 1906 en que renunciando al organicismo declara que los pueblos constituyen realidades psíquicas), KJELLEN (el Estado es "... un poderoso ser vivo con objetivos independientes"). Asimismo, el "realismo" de GIERKE, a pesar de que su "teoría del organismo social" es algo más espiritualizada.

Cfr. CUVILLIER, Armand ... Manual de Sociología.— Bnos. Aires, Ed. El Ateneo, 1964.— Pp. 45 y ss.; GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción al Estudio del Derecho.— México, Ed. Porrua S.A. 1964.— Pp. 287 y 288; LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Filosofía del Derecho.— Pp. 540 y 541.

5 Para la escuela de la "psicología de los pueblos", fundada por M. LAZARUS y H. STEINTHAL, en un "pueblo" hay, antes que nada, una realidad espiritual pero colectiva, un "espíritu del todo".

Según GIDDINGS, si la sociedad es un organismo, es un organismo "esencialmente psíquico", aunque con una "base física". El hecho social elemental es la conciencia de índole o "conciencia de la especie", elemento del "espíritu social" (social mind).

Cfr. CUVILLIER, Armand ... Op. cit., pp. 49 y 67.

6 La teoría de la ficción sostiene que las personas morales "son seres creados artificialmente, capaces de tener patrimonio": SAVIGNY, PUCHTA, BARON. Cfr. LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Op. cit., p. 540; GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción al Estudio del Derecho.— Pp. 278 y ss.

centro de "derechos sin sujeto" [7]. Al respecto ENNECCERUS intenta una posición ecléctica:

> "...en ellas las voluntades humanas reunidas y las fuerzas humanas unificadas operan en una cierta dirección determinada por el fin de la organización. Es una imagen, pero vierte cabalmente la esencia de las cosas al calificar esta fuerza de las voluntades reunidas como voluntad de la organización misma, por ejemplo, voluntad del Estado, poder del Estado, intereses del Estado. Por tanto pensamos estas organizaciones (el Estado, la asociación o conjunto organizado de miembros, la institución) como sujetos de voluntad; los personificamos (teoría de la personificación del fin) [8].

3.2.1.

Pero es la escuela institucional nacida en Francia en el primer cuarto de este siglo [9], cuyos principales representantes son

---

7 BRINZ piensa que en la esencia de las personas colectivas existen efectivamente derechos, pero no de alguien, sino de algo, los cuales, por estar adscritos a un fin, gozan de protección jurídica. BEKKER distingue dos clases de patrimonio según pertenezca o no a una persona: "patrimonio dependiente" y "patrimonio independiente". Pero todo derecho es necesariamente facultad jurídica de un sujeto, del mismo modo que todo deber presupone un obligado.

Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción al Estudio del Derecho.— Pp. 282 y ss.; LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Op. cit., pp. 542 y ss.

8 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, p. 424. "El punto de vista desenvuelto en el texto, que puede calificarse de **teoría de la personificación del fin**, pretende reunir las ideas contenidas en las demás teorías especialmente en la orgánica, en la del patrimonio para un fin y en la teoría de la ficción y evitar sus defectos". Ibid., p. 423.

9 Frecuentemente suele señalarse 1925, año en que fue publicada la "Teoría de la Institución y de la Fundación" de HAURIOU. Sin embargo HUBNER GALLO recuerda la declaración del propio HAURIOU en el sentido de que sólo en 1910 llegó a interesarse en el problema de la personalidad moral y que la teoría de la institución "organizada" varios años antes, fue la que lo preparó para abordar el problema. El primer esbozo se encuentra en 1906, en que aparece "L'Institutión et le droit statutaire".

Cfr. HUBNER GALLO, Jorge I. ... Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y La Teoría de la Institución.— Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1951, en Colección de Estudios Jurídicos y Sociales de la Fac. de Derecho de la Universidad de Chile, V. XIII.— P. 138.

MAURICE HAURIOU, GEORGES RENARD y J. T. DELOS, quien ha logrado importantes luces en el estudio de la naturaleza de la personalidad corporativa. Considera esta escuela jusnaturalista que las "instituciones" [10] poseen una realidad **sui generis** independientemente de su reconocimiento legal. "Sólo existen —dice HAURIOU— dos objetos de conocimiento para la historia: los acontecimientos, que son la obra subjetiva de los hombres, y las instituciones sociales, que son el sedimento objetivo. Si las instituciones representan lo objetivo en la historia, tambien lo representan en la vida actual" [11]. Del mismo modo, las instituciones represestan la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real [12].

3.2.1.1.

Influido inicialmente por PLATON [13] y SAN AGUSTIN [14], HAURIOU piensa que una idea puede encarnarse y configu-

---

10 "La elección del término "institución" significa la primacía del ser sobre el devenir, porque no hay institución sin ser (institutio— instituoni, statuo-status sto-estar· derecho, de pie, firme)" FRIAS, Jorge A., citado vor LAVALLE Juan Bautista de y AYASTA GONZALES, Julio, traductores, en DU PASQUIER, Claude... Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.— P. 262.

11 HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— Madrid, Ed. Reus S. A., 1927.— P. 83.

12 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— La Plata, Ed. Surco, 1947.— P. 23.

13 Las ideas objetivas preexisten al mundo que las encarna. "El mundo entero sensible tiende a ser como el mundo de las ideas, pero no lo alcanza, siempre queda por detrás" (Fedón). El ser de las cosas, subordinado e imperfecto, se funda en el de las ideas. Cfr. MARIAS, Julián ... Historia de la Filosofía.— Madrid, Ed. Rev. de Occ., 1969.— Pp. 44 y ss.; HIRSCHBERBER, Johannes ... Historia de la Filosofía.— T. I, pp. 64 y ss.

Para HAURIOU, "en realidad no existen creadores de ideas: sólo existen quienes las hallan", "las ideas objetivas existen de antemano en el vasto mundo, incorporadas a las cosas que nos rodean; en todos los momentos de inspiración, nosotros las hallamos y libramos de su escoria". HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 48. En el mismo sentido cfr. Principios de Derecho Público y Constitucional.— P. 84.

14 Según SAN AGUSTIN, "un pueblo es una reunión de seres racionales unidos por un común acuerdo en cuanto al objeto de su amor". Tal como expone TIMASHEFF, Nicholas en la Teoría Sociológica (México, F. de C.E., 1961.— p. 325 quien a su vez cita a MOORHOUSE en Hauriou, Suárez and Marshall, en THOUGHT, marzo de 1932.

rarse en una organizaicón social, a la que llama "institución". Se trata de una "idea objetiva transformada en una obra social" [15].

3.2.1.2.

La teoría de la institución "... constata la tendencia natural de los hombres a incorporar una idea en una organización con el fin de asegurar la continuidad" [16]. Para HAURIOU, la institución es "una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social" [17]. Se trata, pues, de una idea práctica de misión o empresa, de un programa que cuando es comunicado y acogido por una pluralidad de conciencias, impulsa a la constitución de un grupo y a la organización ("idea-fuerza" o "idea directriz de la empresa" en HAURIOU; "idea generadora" en RENARD). HAURIOU agrega: "...para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procediemientos " [18]. Asimismo, para RENARD, "la institución es una realidad social: es la ordenación de medios a un fin; la organización de un estado de cosas propio para asegurar de una manera durable, el cumplimiento de cierto fin con la ayuda de ciertos medios..." [19].

---

15 HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— P. 84.
Es una "idea que se vuelve un hecho social".
DELOS J. T., citado por HUBNER GALLO, Jorge... Op. cit., p. 143.
16 DU PASQUIER, Claude ... Op. cit., p. 104.
Con la palabra institución designamos "todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados".
HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— P. 83.
17 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 37.
18 Loc. cit.
19 RENARD, Georges ... Introducción Filosófica al Estudio del Derecho.— Bnos. Aires, Ed. DESCLEE, DE BROUWER, 1947.— T. I. p. 129.

3.2.1.3.

Idea organizadora, organización e intercomunión son, pues, elementos esenciales de la institución según HAURIOU. El primer elemento, la idea de la obra a realizar no debe confundirse —anota expresamente HAURIOU— con la noción del fin, ni con la de la función. Mientras la "idea directriz" es interior a la empresa y encierra un plan de acción y de organización instrumental para el fin, "el fin puede ser considerado como exterior a la empresa"[20], como resultado de ella. Asimismo la función es la parte ya realizada o ya determinada de la empresa; en cambio en la idea directriz subsiste una parte indeterminada y virtual que representa la propia vida de la idea en el grupo. "La idea se creará adherentes más próximos en el grupo de personas interesadas en la realización de la empresa"[21]; pero debe distinguirse la "idea objetiva" de su "refracción" en cada una de las subjetividades que la acogen. Las ideas tienen una naturaleza objetiva que les permite pasar a través de los espíritus sin desvanecerse ni disolverse. Precisamente su objetividad hace posible la adhesión (con sus elementos voluntarios y de constricción ejercida por un poder) de un grupo comprometido con la empresa y su sustino[22].

"El segundo elemento de toda institución corporativa es un **poder de gobierno organizado** para la realización de la idea de empresa y que está a su servicio"[23]. Se trata de la organización de la institución entendida como estructura de poder, como ejercicio de la voluntad basado en dos principios espirituales: la separación de poderes y el régimen representativo.

---

20 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 43.

21 Ibid., p. 46.

22 Ibid., pp. 47 y ss.

Ya al tratar las instituciones como elementos objetivos del orden individualista HAURIOU señalaba que "la idea es objetiva, aunque se introduzca en la sociedad por intermediación de conciencias humanas, y es objetiva por que, viniendo de fuera, ha penetrado en estas conciencias, a las que, por otra parte, supera, y porque tiene su existencia propia en el mundo inteligible". HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— P. 82.

23 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 50

Aquí se da el fenómeno —según el pensamiento de HAURIOU— de la autolimitación del poder en función de la idea directriz [24].

Las manifestaciones de comunión en la idea directriz, de los miembros del grupo y también de los órganos de gobierno, es el tercer elemento de la institución. HAURIOU alude, no sin cierta mística, a movimientos generalizados que recuerdan las corrientes sociales de DURKHEIM, pero que HAURIOU se apresura a diferenciar negando "una conciencia colectiva" y afirmando que el medio social no es sino "... un público, en el cual la idea de la institución puede reclutar adhesiones individuales en número indeterminado" [25]. La comunión se da con diversa intensidad en las reuniones previas al acto fundacional, en este mismo y sobre todo en el régimen de asamblea, en las consultas electorales, deliberaciones, reuniones públicas, etc. Sin embargo, no se trata de una conciencia colectiva: sino que "son las conciencias individuales las que se conmueven al contacto de una idea común y las que, por un fenómeno de interpsicología, adquieren el sentimiento de su emoción común" [26]. La idea objetiva pasa a las conciencias, "desciende" a ellas, que se la apropian momentáneamente en estado subjetivo. La comunión en la idea se resuelve así en comunión en la acción.

3.2.1.4.

Cuando el grupo organizado perdura, cuando consigue el "concurso del medio social", se constituye en institución.

En tanto la institución se convierte en un centro de actividad distinto de sus inegrantes [27], accede a la personalidad

---

24 Cfr. ibid., p. 54.

25 Cfr. HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— Pp. 86 y 89. Asimismo, en la Teoría de la Institución y de la Fundación (pp. 31 y ss.), critica que la "masa de las conciencias" asuma la dirección del Derecho en lugar de la conciencia individual. Por otra parte el sistema sociológico de DURKHEIM le resulta inaceptable porque no se limita a hacer de la regla de derecho un elemento de continuidad, sino que la concibe como elemento formador de las instituciones.

26 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 56.

27 Cfr. HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— Pp. 83 y 84

moral. Se da un triple movimiento, de interiorización, de incorporación y de personificación. La captación de voluntades individuales en torno al interés común, la interiorización de la idea directriz, produce una "etapa de incorporación" en que se da "una continuidad puramente objetiva de la idea y de su acción" sin que todavía se produzcan manifestaciones de comunión de todos los miembros del grupo. La aparición de un poder organizado para la realización de la idea y para su continuidad es capital porque "solo el poder organizado puede crear situaciones jurídicas, y sólo él puede mantenerlas" [28]. La realización social de la "empresa" necesita de la creación y mantenimiento de situaciones jurídicas "en ella y en torno a ella" [29], por eso, la acción del poder organizado y su continuidad llevará a la "etapa de la personificación" de la institución como fenómeno natural y espontáneo.

La "etapa de personificación" se centra en la subjetivización de la idea directriz y en su continuidad de acción subjetiva. Ello implica referirse a las manifestaciones de comunión de los miembros e ir más allá, pues éstas, son discontinuas (deliberaciones, asambleas, reuniones). La exitencia de un poder, centro consciente de voluntad, cuyos actos son capaces de prolongarse hasta alcanzar la siguiente manifestación subjetiva de voluntad [30], hace posible la continuidad de la institución.

La continuidad objetiva de la idea (incorporación), se enriquece así por "la continuidad de la misma idea en estado subjetivo" (personificación) [31]. En esta situación la idea directriz

---

RENARD aclara que el grupo no es reductible a la suma de sus partes. La institución unifica a sus miembros en un todo, pero no sólo no destruye su individualidad sino que proporciona a los individuos propiedades que de por sí no poseerían. RENARD asume un realismo moderado cuya raigambre se remonta a SANTO TOMAS. Por lo demás se opone al estatismo totalitario oponiendo el pluralismo de las instituciones, no sin cierto peligro de la libertad individual. Cfr. TIMASHEFF, Nicholas S. ... Op. cit., pp. 327 y ss.; BODENHEIMER, Edgard ... Teoría del Derecho, pp. 214 y ss.

28 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 72.

29 Loc. cit.

30 Por ejemplo, "la ley, obra subjetiva de un poder deliberante mayoritario, se define como regla general en el sentido de que regula el porvenir a perpetuidad, hasta que sea abrogada o modificada".

Ibid., p. 74.

31 Ibid., p. 76

obtiene el triple beneficio de poder **expresarse** subjetivamente mediante reglas de derecho disciplinario o estatutario, de poder **obligarse** y de poder **ser responsable** como contrapartida de su libertad.

3.2.1.5.

La vida interior de la institución, según RENARD, se caracteriza por tres cosas: intimidad (o "vínculo de confianza" entre los miembros, la cual está organizada o normada), autoridad (ésta es necesaria y está enraizada en el todo, pero ejercida por individuos en cuanto sirven al "bien común") y objetividad (reglas y sanciones que rigen las relaciones mutuas entre las personas que constituyen el grupo, lo que HAURIOU señalara como estatutos, contrato de asociación, decisiones autoritarias o mayoriarias, etc.) [32]. Las operaciones respectivas configuran lo que HAURIOU denomina vida jurídica de la institución [33]. La existencia de una institución durará tanto cuanto persista la idea organizadora, la cual desarrolla inclusive más allá de la voluntad de los promotores y crea un "estatuto" o sitaución jurídica durable para los miembros pertenecientes a la institución, complejo de ventajas y cargas que son el "reflejo de la institución sobre sus miembros". El estatuto atiende a la permanencia de la situación, diferenciándose del contrato, que se refiere a lo discontinuo [34].

Pero no toda personalidad moral tiene personalidad jurídica, ello depende de su reconocimiento [35]. "Que el derecho positivo reconozca o no a la individualidad así constituida, lo cierto es que existe fuera de él. Esta individualidad es un hecho social, no una creación legal" [36].

---

32 Cfr. TIMASHEFF, Nicholas S. ... Op. cit., p. 328.

33 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— Pp. 93 y 94.

34 Cfr. DU PASQUIER, Claude ... Op. cit., pp. 262 y ss.

35 Cfr. RECASENS SICHES, Luis ... Tratado General de Sociología.— México, Ed., Porrúa S.A., 1966.— Pp. 431 y ss.

36 RENARD, Georges ... Introducción Filosófica al Estudio del Derecho.— T. I, p. 128.

3.2.1.6.

"Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente". Nacen mediante "actos de fundación", ya sea "formales" o "consuetudinarios"[37]. Los actos formales de fundación pueden originarse en la voluntad individual o en la comunión de varios hombres en una idea;

> "... la primera engendra instituciones de la categoría de los **establecimientos** (hospitales, hospicios, etc.), en las que no existe en absoto un grupo permanente de miembros que puedan perpetuar la fundación, y en las que este elemento es reemplazado por el de un patrimonio afectado; la segunda engendra, por lo común, instituciones de la cotegoría de las **corporaciones o universitates,** en las que subsiste un grupo permanente de miembros que perpetúan la fundación"[38].
>
> "La operación de fundación por voluntad común se compone de los siguientes elementos: primero, la manifestación de voluntad común con intención de fundar; segundo, la redacción de los estatutos; tercero, la organización de hecho de la institución corporativa; cuarto, el reconocimiento de su personalidad jurídica"[39].

El concepto de fundación en HAURIOU es tan importante que la existencia misma del cuerpo constituido se explica mediante la fundación continuada[40]. Otro aspecto especialmente importante es la formación del consenso en la fundación colectiva y la participación eficiente de un poder. "La verdad es que la formación del haz de los consentimientos paralelos es en parte la obra de un poder, y que el **liber volui** está en él fuertemente matizado de **coactus volui**"[41]. La iniciativa es tomada por uno o varios agitadores que ponen en juego toda clase de

---

37 HAURIOU, Maurice... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— Pp. 38, 83 y ss.
38 Ibid., pp. 83 y 84.
39 IIbid., p. 85.
40 Cfr. ibid., pp. 86 y 98.
41 Ibid., p. 89.

influencias, inclusive el poder de la mayoría, que en última instancia unifica los consentimientos aun a disgusto de la minoría. Así la comunión fundadora es operación del poder tanto como operación consensual. Por ello HAURIOU señala tres factores concurrentes en la formación del consentimiento fundador: la unidad en el objeto de los consentimientor o idea de la empresa, la acción de un poder fundador y el vínculo de un procedimiento [42].

3.2.1.7.

Ya hemos visto cómo la vida de la institución tiene un claro matiz jurídico [43], veamos ahora cómo es su fin. La muerte sobreviene por disolución o abrogación. Aunque la idea de duración es esencial en la teoría de la institución, tanto que en ella se ha visto considerable influencia de BERGSON [44], las instituciones son también perecederas. Algunas veces su muerte es causada por razones internas (v. gr. mala organización) o por accidentes exteriores (v. gr. desafección u hostilidad del medio social) [45].

---

42 Cfr. ibid., pp. 88 y ss.

43 Cfr. supra 3.2.1.4 y 3.2.1.5.

44 La vida dura y fluye, es algo dinámico, un impulso vital o **élan vital**, que ha ido pasando de un germen a otro, determinando una evolución creadora en el tiempo, superando todas las menguas y persistiendo siempre hasta llegar a la intuición y a la libertad humanas. Ese **élan vital** es también núcleo y alma de ser del mundo.

Cfr. BOCHENSKY, I. M. ... La Filosofía Actual.— Pp. 125 y 126; MARIAS, Julián ... Historia de la Filosofía.— P. 378; HIRSCHBERGER, Johannes ... Op. cit, T. II, pp. 340 y 341.

45 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 94.

Es interesante la vinculación de las instituciones con los servicios que prestan:

> "Las instituciones responden a necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose parasitarias; en este caso, la confianza del público se aparta de ellas lentamente. Si sobreviven algún tiempo, es en virtud de la velocidad adquirida, pero se encuentran en trance de reforma o de supresión".

HAURIOU, Maurice ... Principios de Derecho Público y Constitucional.— P. 90.

3.2.1.8.

Hasta aquí la teoría de la institución corporativa, institución-grupo o institución-persona, a la cual sus creadores han dedicado su mayor y casi total atención, destacando su diferencia de la institución-cosa [46]. No es difícil percibir la importancia que tiene este cuerpo teórico para comprender a la Universidad como sujeto de derecho; por eso nos hemos extendido en su exposición. La teoría de la institución lleva sus reflexiones hasta convertirse en una teoría general del Derecho (DELOS estudia las proyecciones de la idea en el mundo jurídico general) y en una filosofía jurídica; pero el tema de nuestro estudio requiere concretarnos a la personalidad moral y su significación jurídica.

3.2.2.

Sin embargo, no debe olvidarse las importantes observaciones de la Sociología moderna en el orden de lo que los institucionalistas han denominado "instituciones-cosa" y que los

---

46 "Existen dos tipos de instituciones: las que se personifican y las que no se personifican En las primeras, que integran la categoría de las instituciones-personas o de los cuerpos constituidos (Estados, asociaciones, sindicatos, etc.), el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el cuadro de la idea de la obra: después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea deviene en sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido. En las instituciones de la segunda categoría, que pueden denominarse instituciones-cosa, el elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo, no están interiorizados en el cuadro de la idea de la obra, y aunque existen en el medio social, permanecen exteriores a la idea. La regla de derecho, socialmente establecida, es una institución de este segundo tipo: es institución porque, en tanto que es idea, se propaga y viven en el medio social, pero ella no engendra, visiblemente, una corporación que le sea propia: vive en el medio social —en el Estado, por ejemplo— tomando de éste su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él, pero no puede engendrar una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino por el contrario, un principio de limitación".

Ibid., pp. 37 y 38.

HAURIOU y RENARD excluyen de sus investigaciones las instituciones-cosa, el uno por "falta de espacio", el otro porque se trata de "una maquinaria".

sociológicos llaman simplemente "instituciones" [47], reservando para el orden de las "instituciones-grupo" la designación de "grupos institucionalizados" [48], "grupos organizados" [49] o asociaciones [50].

De modo general, puede entenderse que tanto las "instituciones-cosa", como las "instituciones" en el sentido generalmente entendido por la Sociología, a que acabamos de referirnos, son conjuntos organizados de pautas dirigidas a controlar la conducta procesal en torno a un interés social. HAURIOU [51] advirtió en estas instituciones la falta de un principio de acción que pudiera personificarse en una corporación; las vio como un principio de limitación. En tanto idea, desarrollan y viven en un medio social "tomando de éste su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él"; pero sin lograr encarnarse en una corporación. La personificación social es resultado de un principio de acción creadora, de una fuerza que deviene y dura en un sentido vital creador [52] y no de una fuerza limitadora y restrictiva. Sin em-

---

47 MAC IVER y PAGE entienden por instituciones **"las formas o condiciones de procedimiento establecidas** que caracterizan la actividad de un grupo" (Op. cit., p. 16). Ello las liga fuertemente, pero sin identificarlas, a las asociaciones, las cuales crean y conservan, "en relación con sus intereses particulares, instituciones que les son propias" (loc. cit.). La familia, por ejemplo, tiene la institución del matrimonio, el hogar, etc. Por lo tanto, "pertenecemos a las asociaciones, pero no a las instituciones". Así, "si consideramos algo como un **grupo** organizado, se trata de una asociación; si como una forma de proceder, es una institución" (loc. cit.).

P. FAUCONNET y M. MAUSS señalan como institución todos los modos de pensar, de sentir y de actuar "que el individuo encuentra preestablecidos y cuya trasmisión se efectúa generalmente por vía de la educación" (citados por CUVILLIER, Armand ... Op. cit., p. 175).

OGBURN y NIMKOFF se refieren a "caminos establecidos y organizados para satisfacer ciertas necesidades humanas básicas" (Sociología.—P. 483). En sentido semejante: MERRIL, Francis E. ... Introducción a la Sociología.— Madrid, Aguilar S. A., 1967.— Pp. 365 y ss. FICHTER, Joseph H... Sociología.— Barcelona, Ed.. Herder, 1966.— Pp. 259 y ss.

48 Cfr. ORGAZ, Raúl A. ... Sociología, I. Introducción y Teoría del Grupo Institucionalizado — Córdova, Imp. Arg., 1942; citado por RECASENS SICHES, Luis ... Tratado General de Sociología.— P. 431.

49 Cfr. SOROKIN, Pitirim A. ... Sociedad, Cultura y Personalidad.— Pp. 107 y ss.

50 Cfr. MAC IVER, R. M. y PAGE, Charles H. ... Op. cit., pp. 12 y ss., 16 y ss.

51 Cfr. La Teoría de la Institución y de la Fundación.— Pp. 37 y 38.

52 Cfr. la influencia de BERGSON, supra.

bargo, el problema, descuidado por la escuela institucionalista, es bastante más complicado, especialmente a la luz de investigaciones como las de SUMNER que considera a la institución "un concepto ... y una estructura" [53], MALINOWSKI, quien incluye en la estructura de la institución una carta fundamental, personal, normas, aparato material, y actividades, dentro de una noción de **función**, que permita alcanzar el objetivo [54], y FAUCONET y MAUSS para quienes "son las instituciones vivas, tal como **se forman, funcionan y se transforman,** las que constituyen los fenómenos propiamente sociales ..." [65].

El análisis y discusión directos de las ideas mencionadas y su posible complementación orgánica requerirían estudio aparte. Por ello preferimos reservar nuestras observaciones para nuestra interpretación de la Univesidad como institución social y sujeto de derecho.

---

53 SUMNER, W. Graham ... Folkways.— Boston, Ginn and Company 1906.— P. 53, citado por MERRIL, Francis E. ... Op. cit., p. 367.

54 MALINOWSKI se refiere a "un sistema organizado de actividades ten dientes a un fin"; pero no excluye que los seres humanos, quienes "forman parte de grupos tradicionales desde su nacimiento o por incorporación posterior", en ciertos casos "organizan e instituyen dichos grupos". "Definiré —dice— el cuerpo de normas constitutivas de una institución como el sistema de valores para cuyo logro los seres humanos se organizan o se incorporan a instituciones existentes. Definiré el elemento humano de la institución como el grupo regulado por principios de autoridad, división de funciones y distribución de privilegios y deberes. Constituyen las reglas o normas de una institución, las destrezas técnicas adquiridas, los hábitos, los preceptos legales o mandamientos éticos que son aceptados por los miembros o a ellos impuestos". "En cierto modo ambos términos: el conjunto humano y las reglas, derivan y dependen de su constitución normativa".

MALINOWSKI, Bronislaw ... Una Teoría Científica de la Cultura y Otros Ensayos.—Bnos. Aires, Ed. Sudamericana S. A., 1967.— P. 66. Cfr. también CUVILLIER, Armand ... Op. cit., p. 175 y ss.

55 FAUCONET, P. y MAUS, M., citados por CUVILLIER, Armand ... Op. cit., p. 178.

En el mismo sentido R. T. LAPIERE señala la existencia de una "'dinámica institucional". Loc. cit.

CAPITULO 4

LA UNIVERSIDAD: PERSONALIDAD INSTITUCIONAL

4.1.

La Universidad aparece claramente como una corporación, un grupo humano organizado para un fin. Ese fin puede ser concebido, idealista o utilitariamente, como un servicio, ya sea al ansia individual de conocimiento (J. H. NEWMAN), a la búsqueda de la humanidad por la búsqueda de la verdad (K. JASPERS), al deseo social de progreso (A. N. WHITEHEAD), a la estabilidad política del Estado (NAPOLEON) o a la construcción de la sociedad comunista (Consejo de Ministros de la U.R.S.S.) [1]. Difícilmente podría excluirse la noción de servicio del concepto de la Universidad, sin desfigurarla. La noción de servicio está ya en el esquema mental de Universidad, en su primera categorización en el plano simplemente denotativo. El servicio se presenta siempre ligado al ejercicio intelectual y al conocimiento, aunque el propósito final se desplace entre dos polos, el de los valores ideales y el de los valores utilitarios. La noción de servicio acerca la finalidad a la idea de empresa [2] y de duración. La Universidad no se agota en un acto precisamente porque el intelecto es dinámico, es **enérgeia,** y porque la naturaleza limita-

---

1 Cfr. JANNE, Henri ... Report on The University and Needs of Contemporary Society (Translated from the French).— Documento reproducido mimeográficamente por la Asociación Internacional de Universidades, 1969.— Pp. 5 y ss.

2 El término contiene una riqueza significativa mayor a la que habitualmente se le atribuye.

Empresa: "Intento o acción ardua y dificultosa que se comienza con resolución y valor./ Cierto símbolo o figura enigmática, que alude a lo que se intenta conseguir o aquello de que alguno se jacta./ Intento o designio de hacer una cosa./ Sociedad mercantil o industrial que realiza negocios de cierta importancia./ Obra o designio llevado a efecto".
CASARES, Julio ... Diccionario Ideológico de la Lengua Española.— Barcelona, Ed. Gustavo Gili S. A., Segunda edición.— P. 323.

La usamos, pues, en el último de los sentidos mencionados.

da del conocimiento humano lo hace gravitar hacia adelante. La idea de empresa universitaria no se apoya solamente en una necesidad social exterior (cooperación, organización, recursos), sino también y principalmente en los factores dialogales del conocimiento humano y en la complementación creadora de los elementos de desigualdad fáctica entre los hombres. En los fines o propósitos de la Universidad está lo universal tal como ha sido integrado en un medio socio-cultural dado; en la idea de empresa universitaria está el cómo particular de un grupo dado. La idea de empresa u obra sólo existe como idea de tal empresa u obra concreta. Vale decir, que la idea de empresa acusa un **ethos** "personal". La idea de empresa universitaria es la idea de realizar **una** universidad y no **la** Universidad; o, si se quiere, de realizar la Universidad, hasta donde sea posible, a través de una universidad. De allí la pluralidad de universidades y no el crecimiento continuo de una sóla.

4.1.1.

La idea de la empresa se construye a partir de una situación específica vivida por los fundadores y significa una respuesta a la acción del mundo circundante incluidas, claro está, sus significaciones culturales. En este sentido, la idea no se encuentra, "se hace". La idea de la empresa nunca es simple; se construye a través de un proceso de selección sucesiva de las ideas componentes. En la empresa misma, la idea no desarrolla, "es desarrollada" por acción consciente; pero también "sucede". La vida social, y por lo tanto también la vida corporativa, está sujeta a fuerzas cuyas conjunciones resultan con frecuencia imprevisibles. HAURIOU ha puesto demasiado énfasis en el "descubrimiento" de la idea. Al asumir una posición platónica, ha descuidado la creación de la idea de empresa y su complejidad esencial. Una empresa es un proceso, y por lo tanto su idea supone una tarea de síntesis constructiva anterior inclusive a las primeras adhesiones. La idea de empresa es, pues, un plan de acción. HAURIOU sólo vio un hallazgo inspirado y luego, du-

rante la vida de la institución, una tarea analítica: "la obra de determinación progresiva del contenido de la idea" [3]. Pero no se trata del desenvolvimiento de la idea directriz, sino de su "recreación" constante, de la continuidad de su construcción por acción humana, de su actualización. Así, lo que HAURIOU llamó la parte indeterminada y virtual de la idea directriz [4], se convierte en el futuro vital de la empresa.

4.1.2.

De este modo la idea directriz de la Universidad es su "plan de vida", y por lo tanto la fuente última de su personalidad. Un plan de vida no es algo que "desciende" sobre alguien, es la expresión vital de ese alguien. En el caso de las corporaciones se trata de un plan de vida esbozado por uno, perfeccionado y asumido después por una pluralidad de interesados no solamente en pensarlo, sino en realizarlo. La iniciativa para la fundación de Universidades puede provenir de la voluntad estatal y la fundación será entonces legal; sin embargo la institución surgirá, más allá del acto formal, sólo cuando el plan de vida haya sido construido, aunque se trate de una forma incipiente, y sea asumido por una pluralidad interesada. Si nadie se hiciera eco de la empresa, ésta no llegaría a existir realmente. Más aún, el Estado crea Universidades a raíz de movimientos e iniciativas particulares [5]. Aun en el caso de que la ley fundara formalmente sin existencia previa de las iniciativas mencionadas, la fundación real sólo acontecerá cuando en el grupo de funcionarios encargados se logre un sentimiento de identidad que

---

3 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 78.

4 Ibid, pp. 44, 77 y ss.

5 Para nosotros es ejemplo especialmente interesado el caso de la fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. La Real Cédula que le dio vida oficial data del 12 de mayo de 1551. Pero ya desde 1548 ó 1549 existía de hecho un Estudio General.

Cfr. EGUIGUREN, Luis Antonio ... La Universidad Nacional Mayor de San Marcos (IV Centenario de la Fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica).— Lima, UNMSM, 1950.— Pp. 17 y ss.

Respecto de una "unión" previa, capaz de "vincular" la voluntad del Estado, y de la situación inversa cfr. MAYER, Otto ... Derecho Administrativo Alemán. Bnos. Aires, Ed. Anayú, 1954.— T. IV, p. 278.

permita configurar la idea de empresa con caracteres específicos. Las Universidades creadas por acción estatal no pueden categorizarse como "establecimientos", por el solo hecho de originarse en una voluntad formalmente individual. En ellas no existe solamente la idea fundadora y un patrimonio afectado; existe un grupo capaz de un sentimiento y una conciencia de identidad, de un "sentido de la integración social de las partes", en cuanto grupo, ni más, ni menos permanente que en el caso de las Universidades particulares, a las que HAURIOU sí habría categorizado como "corporaciones o universitates" [6]. La diferencia entre unas y otras está en la coincidencia, o en la mayor o menor lejanía entre la fundación formal y la fundación real. En el caso de la fundación formal por voluntad común, la idea ya se ha propagado en un grupo y la fundación real es simultánea o anterior; en el caso de la fundación formal por iniciativa y voluntad legales, la idea logra un grupo consecuente y la fundación real es, por lo tanto, posterior.

4.1.3.

Ya HAURIOU advirtió que la idea directriz no coincide con la noción de fin de la institución, pero que de alguna manera lo supone y lo expresa [7]. Ello facilita un acercamiento con lo que MALINOWSKI ha denominado "carta fundamental" o "cuerpo de normas constitutivas" de una institución. Este es definido "como el sistema de valores para cuyo logro los seres humanos se organizan o se incorporan a organizaciones existentes" [8].

---

6 Una Universidad requiere de tal modo un grupo compenetrado con su empresa que es impensable como simple establecimiento. Si esto ocurriera entraríamos al campo de la patología institucional.

Sobre el "sentido de la integración social de las partes" y su aneja "dación de contenido", cfr. HENKEL, Heinrich ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— P. 338.

Nos referimos a "establecimiento" en el sentido de HAURIOU, el cual no coincide totalmente con el del derecho administrativo moderno.

7 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— Pp. 42 y 43.

8 MALINOWSKI, Bronislaw ... Una Teoría Científica de la Cultura y Otros Ensayos.— P. 66.

La "carta fundamental" como "conjunto de valores y convenios" [9] está ligada a las significaciones culturales del medio social (mitologías, doctrinas religiosas, principios morales y jurídicos, ideologías, etc.) y contiene "por una parte la definición, la estructura y el objetivo del grupo formado en institución, y por la otra, las reglas que este grupo debe obedecer" [10]. El mismo MALINOSWKI vinculó la "idea de la institución" con sus normas constitutivas: "las normas constitutivas representan la idea de la institución, tal como es concebida por sus miembros y definida por la comunidad" [11]. El concepto de "carta fundamental" de la institución en MALINOWSKI, a nuestro juicio, incluye y supera el concepto institucionalista de "idea directriz". La "idea de empresa", que hemos caracterizado como "plan de vida", la encontramos ahora hondamente afirmada en la realidad socio-cultural, lo cual supone no sólo la complejidad de un proceso previsto sino la "refracción" específica de una cultura dada.

El aspecto cultural en la idea de empresa universitaria es capital para entender la complejidad del **ethos** particular de cada Universidad. La realidad socio-cultural con todos sus factores de variabilidad resulta incidiendo sobre el azar y la intencionalidad de la creación humana, y sobre lo previsible e imprevisible de la interacción grupal [12]. La individualidad es, de este modo, una resultante, no de la individualidad física del grupo, ni de la especificidad feliz de una idea, sino de un "estilo" propio de integración cultural. Sin embargo, individualidad no significa personalidad. Interesa entonces, estudiar la individualidad como centro de decisión y de acción.

---

9 Ibid., p. 60.

10 MALINOWSKI, Bronislaw ... Freedom and Civilization.— New York, 1944, citado por CUVILLIER, Armad ... Manual de Sociología.— P. 175.

11 MALINOWSKI, Bronislaw ... Una Teoría Científica de la Cultura y Otros Ensayos.— P. 62.

12 Ya JELLINEK observa que "las acciones humanas son la fuente de efectos no previstos, a causa de la complejidad y variedad enorme de las relaciones sociales". Los actos "tienen un fin inmediato, próximo, del cual son conscientes los autores; pero ellos no pueden saber si se conseguirá ese fin o si una vez alcanzado surgirá algo distinto de lo que se propusieron o que francamente no deseaban".
JELLINEK, Georg ... Teoría General del Estado.— Bnos. Aires, Ed. Albatros. 1954.— P. 36.

4.1.4.

La individualidad en la idea de empresa supone la existencia de un grupo humano comprometido, es decir, la existencia de un conjunto de personas que, en el contexto de la idea, interactúan entre sí más que con cualquier otra persona [13]. Pero este conjunto de "interacciones relativamente exclusivas" encierra una pluralidad de voluntades y centros de acción subjetivos que, por muy compenetrados de la idea que puedan estar, necesitan una estructura que permita unificarlos en un querer objetivo y un centro de acción institucional. Esta unificación requiere actos procesales establecidos y una estructura de decisión. Esta es esencialmente política, significa la organización del poder.

La Universidad en cuanto centro de pensamiento e investigación no sólo admite la pluralidad individual, sino que reposa en ella. La libertad es su atmósfera. En orden al ejercicio del pensamiento y su expresión no cabe unificación alguna, por muy "democrática" que fuese. En este aspecto, la Universidad es hoy refugio de la individualidad personal. Cosa distinta sucede con la acción "institucional".

La Universidad en tanto empresa efectiva es un centro de acción. Si la acción del "personal" o "elemento humano" [14] de la institución mantuviese la misma libertad individual que en el caso del pensamiento y su expresión, la empresa, que es una, sería imposible. Sucedería lo mismo que en un conglomerado de ejecutantes libres, sin partitura: no habría orquesta. La "idea de la empresa", por sí misma, ni siquiera pensada como "carta constitutiva", es factor determinante de los actos futuros de los miembros de la institución. La realización de la empresa para la consecución del fin, requiere un predominio de los procesos de acomodación y de cooperación [15] en función de acciones concretas procedentes de un querer unificado.

---

13 Cfr. SPROTT, W.J.H... Grupos Humanos.— Bnos. Aires, Ed. Paidós, 1964.— Pp. 7 y ss.

14 La terminología es de MALINOWSKI.

15 Estos procesos sociales (formas o modos básicos, externos o conceptuales, o ambos, de interacción, normalizados y con significado social), junto con la asimilación, han sido clasificados como "conjuntivos" o "asociativos" por

4.2.

Aquí interviene la idea de orden. El grupo asociado en torno a la idea directriz necesita una estructura de decisión y ejecución que no es otra cosa que la organización de la autoridad. HAURIOU se refiere a "un poder de gobierno organizado" [16] para el servicio de la idea de la empresa. Pero el fenómeno del poder en la institución universitaria necesita otras precisiones. Nos las ha sugerido el trabajo de ROBERT BIERSTEDT, sobre "El problema de la autoridad" [17].

4.2.1.

La organización formal de la asociación se produce cuando los procedimientos y los tipos de interacción son establecidos como normas. Sin embargo, en asociaciones del tipo de la Universidad, cuyo carácter dinámico y cuyos elementos comunitarios provocan movimientos vitales importantes, la acción de desarrollo de la idea de empresa en lo relativo a la organización, no puede entenderse solamente como producto de la técnica organizadora. Tal como HERMAN HELLER afirma para el Estado,

---

oposición a los procesos "disyuntivos" (competición, oposición y conflicto). Pero las definiciones y clasificaciones de los procesos sociales, varían en sumo grado según los autores. La acomodación puede definirse como una forma de transacción consciente en vista de reducir o eliminar conflictos. La cooperación es la ayuda mutua o suma de fuerzas entre personas o grupos para la consecución del mismo fin. Esta puede ser directa e indirecta. La profundidad del análisis sociológico revela aquí aspectos especialmente interesantes para el conocimiento de la vida de las instituciones.

Cfr. YOUNG, Kimball y MACK, Raymond W. ... Sociología y Vida Social.— México, UTEHA, 1967.— Pp. 131 y ss.; MAC IVER, R. M. y PAGE, Charles H. ... Sociología.— Pp. 64 y ss., 547 y 548; MANNHEIM, Karl '.. Sociología Sistemática, Introducción al Estudio de la Sociedad.— Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado.— Pp. 24, 65 y ss.; MERRILL, Francis E. ... Introducción a la Sociología.— Pp. 37 y ss., 43 y ss.; RECASENS SICHES, Luis ... Tratado General de Sociología.— Pp. 390 y ss; CUVILLIER, Armand. ... Op. cit., pp. 132 y ss.; FICHTER, Joseph H ... Op. cit., pp. 253 y ss.

16 HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Insitución y de la Fundación.— P. 50.

17 BIERSTEDT, Robert y otros ... El Problema del Poder.— Editado y comentado por HEINTZ, Peter.— Santiago de Chile, Ed. Andrés Bello, 1960.— Pp. 79 y ss.

la organización de la Universidad penetra hondamente en la vida personal de sus miembros contribuyendo capitalmente a la formación de su ser social, "a la vez que, por su parte, los miembros influyen decisivamente sobre ella" [18]. La influencia de los miembros sobre la organización se traduce en conductas generalizadas o "normalizadas" [19] que pueden llegar a constituir normas jurídicas o extrajurídicas [20]. Ahora bien, al establecimiento de los procedimientos en normas, se suma la estandarización de los papeles sociales [21] como **status** [22].

> "Las normas y los status constituyen entonces la estructura de la asociación; son su organización. Más particularmente, el papel del lider, que uno o varios miembros del grupo han estado desempeñando, llega a institucionalizase [23] en uno o varios status a los que

---

18 Cfr. HELLER, Herman ... Teoría del Estado.— México, F. de C. E., 1963.— Pp. 267 y ss.

19 'La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos de tiempo". Esta regla de previsión es la siguiente: "por el hecho de que tal hombre o grupo en tales circunstancias, de manera constante y por lo regular, se hayan comportado, en general, de tal modo, se puede confiar y contar con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán así bajo las mismas circunstancias en el futuro".

Ibid., pp. 269 y 270.

20 Este fenómeno implica la ardua problemática de la relación entre el "ser" (conducta normalizada) y el "deber ser" (normatividad).

Cfr. ibid., p. 271; también JELLINEK, George ... Op. cit., pp. 253 y ss.; GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción ... pp. 61 y ss.

21 En el grupo social y en la sociedad existen espectativas respecto del comportamiento de sus miembros. El yo resulta así, receptáculo de esas espectativas. Cuando un conjunto de espectativas se relacionan y organizan en torno a una función social, y se presentan como conjunto organizado de significados y valores, es denominado "papel social". Los papeles sociales son interiorizados por las personas a lo largo de su socialización. Las espectativas aisladas no se interiorizan. Una vez interiorizado el papel social o rol, el individuo puede ordenar su conducta de acuerdo con él. Una misma persona puede asumir y de hecho asume varios papeles, según los grupos a que pertenece. Piénsese en el papel de padre, madre, profesor, estudiante, etc.

Cfr. ROSE, Caroline B., ROSE, Arnold M. y otros ... Sociología, Estudio del Hombre en Sociedad. Pp. 31, 74 y 75.

22 Las personas en sus respectivos papeles sociales tienen cierta posición o "**status**" en relación con los demás miembros del grupo, tienen su "puesto". MAC IVER y PAGE definen el **status** así: "es aquella posición social que determina para su poseedor, prescindiendo de sus artibutos personales o su utilidad social, un determinado grado de respeto, prestigio e influencia". Op. cit., pp. 366 y 367.

23 En el sentido de establecerse como institución-cosa.

se liga la autoridad en conformidad con las normas. Estos papeles se convierten en status para asegurar la estabilidad de la asociación y garantizar su continuidad" [24].

El hecho mismo de la transitoriedad de la vida humana y los cambios que puedan suscitarse en el personal, llevan, si se quiere asegurar la continuidad, a la institucionalización de los papeles en **status**, a algunos de los cuales se dota de autoridad. Donde había la autoridad transitoria del líder, se establece la autoridad de la función. "Es necesaria por lo tanto una estructura para que las instituciones puedan sobrevivir al flujo de los individuos que entran y salen" [25]. Para evitar futuras confusiones, a estos **status** propios de la estructura organizativa los denominaremos status-función. La estructura de papeles situados, determina la estructura de autoridad y por lo tanto la estructura de decisión y de acción unificadas. Este proceso implica la interiorización de la idea de empresa y la incorporación a que se refiere HAURIOU; pero excede su visión relativa a la organización institucional.

4.2.2.

El resultado más importante de la organización es la función de un centro de voluntad [26] y de acción institucional, el cual, surgido en una individualidad social, producirá la "conciencia" de identidad. Identidad, voluntad y acción condicionan la aparición de la personalidad moral de la institución corporativa.

---

24 BIERSTEDT, Robert ... Op. cit., p. 86.

25 Loc. cit.

En la "persona natural" el substrato es el ser viviente individual; en la "persona moral" se trata de una estructura social, de una organización duradera que implica la idea de fin y de voluntad. Por ello MAYER afirma que "su existencia está en su **constitución**", la que deberá contener "la designación del fin y el régimen de la representación" por medio de la cual la persona moral tiene voluntad. MAYER, Otto ... Derecho Administrativo Alemán.— T. IV, pp. 250 y 251.

Lo que antes hemos llamado organización de la autoridad se acerca a la idea de "organización de la voluntad", esencial para el funcionamiento de la persona moral según BERNATZIK, a quien MAYER cita (Loc. cit.).

26 La libertad indispensable al acto volitivo está dada ,a nivel de la corporación universitaria, por la denominada "autonomía universitaria".

CAPITULO 5

LA UNIVERSIDAD: PERSONALIDAD JURIDICA

5.1.

El sistema de derecho positivo se encuentra ante las instituciones y en concreto ante la Universidad, frente a realidades existenciales actuantes en el mundo de las relaciones sociales, frente a servicios personificados, entidades vinculadas al modo de ser de la naturaleza humana, a sus aspiraciones de cooperación y permanencia, en pocas palabras, frente a intereses sociales que deben ser protegidos. No se trata de objetos, sino de complejos humanos capaces de voluntad y de acción unificadas, es decir, de sujetos. Ya para el derecho romano se trata de entidades existenciales que hacen las veces o desempeñan la función de personas: **"vice personae fungi"**; "personae vice fungitur" **(no fingitur)**, dice el fragmento de FLORENTINO en el Digesto (XLVI, 1, 22). En ellas, como señalaba RENARD, su existencia es anterior a su reconocimiento legal de orden formal.

5.2.

Ya hemos mencionado el fenómeno de Universidades cuya fundación real es anterior a la fundación formal, inclusive en el caso de creaciones estatales. El art. 42 del Código Civil peruano al reconocer a las "personas jurídicas" (personas jurídicas **complejas** [1] según CARNELUTTI) de derecho privado la capaci-

1 CARNELUTTI, Francisco ... Teoría General del Derecho.— Madrid, Ed Revista de D. Privado, 1955.— P. 152.

dad de actos civiles anteriores a la inscripción en el registro, mediante el expediente legal de retrotraer los efectos de la inscripción a la fecha en que esos actos se realizaron, reconoce algo más que una existencia pre-jurídica: una capacidad de acción jurídica connatural a la existencia fáctica de la institución. LEON BARANDIARAN anota: "la ley acepta, pues, al ente como una realidad jurídica" [2], creación de la voluntad constituyente de la entidad (acto constitutivo o de fundación). "La inscripción viene a ser una condición para la adquisición de la personalidad jurídica, pudiendo decirse, pues, que el registro es un hecho que se produce **ex post** al acto constitutivo y viene a ser integrativo de éste" [3].

Parece demasiado absoluta la afirmación de ENNECERUS en el sentido de que "... es sólo una cuestión de derecho positivo, la de si una organización debe o no ser reconocida como sujeto de derecho ..." [4]. Asimismo la precisión de MARIO ROTONDI sobre "el carácter eminentemente arbitrario (no debe entenderse —anota— como caprichoso arbitrio despótico) del derecho constituido", el cual puede quitar totalmente a la persona física su capacidad jurídica (esclavitud, servidumbre personal durarera) y también puede atribuírsela a quien quiera (entidades, situaciones, complejos de intereses, etc.) [5], tiene connotaciones positivistas, insuficientes para una explicación válida de la personalidad jurídica compleja. Es verdad que ROTONDI afirma la presencia de un elemento real junto al arbitrario:

---

2 LEON BARANDIARAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peruano (Parte General del Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. El Derecho de las Personas en el Código Civil).— Lima, 1970.— P. 134.

3 Loc. cit.

4 ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín ... Tratado de Derecho Civil.— T. I, V. I., p. 426.

Aunque su frase encabeza el apartado en que se refiere a la personalidad jurídica restringida a "algunos aspectos singulares" por voluntad legal, la afirmación contiene una generalidad peligrosa.

5 ROTONDI, Mario ... Instituciones de Derecho Privado.— Barcelona, Ed. Labor, S. A., 1953.— P. 163.

"Existe, pues, un elemento real y un elemento arbitrario en la creación de las personas jurídicas en todo ordenamiento positivo. El elemento real está constituido por aquellos intereses que el nuevo ente ha de proteger: elemento que naturalmente preexiste al reconocimiento de la persona y que el Derecho no crea, antes considera únicamente como presupuesto o **substractum;** y el elemento arbitrario le ofrece el reconocimiento de la personalidad, artificio a través del cual el ordenamiento positivo en cada caso tutela intereses y situaciones que en otros ordenamientos pueden encontrar otros expedientes que le tutelen" [6].

Pero si el derecho positivo significa la objetivación de un punto de vista sobre la justicia (LEGAZ LACAMBRA) [7], su "arbitrariedad" podrá significar la elección de **un** método u otro de protección del ente existente (cosa que, por lo demás, se insinúa al final del párrafo que acabamos de citar); pero no podrá tener márgenes tan amplios que le permitan otorgar o negar su protección, dejando de lado las exigencias de la naturaleza de las cosas. En el caso de las instituciones, negarles arbitrariamente la personalidad jurídica equivaldría a imposibilitarles la eficacia de su acción, a negarles la protección del derecho. "Una dosis de racionalidad es requerida, pues, para la plena normatividad del Derecho" [8]. CARNELUTTI propone pensar en la persona "no como un atributo del hombre sino como un elemento que entra a componer al hombre y trasciende la cosa", con lo cual no hay obstáculo para "admitir que este elemento pueda encontrarse no sólo en aquella cosa que es el hombre individual, sino además en aquella otra que está constituida por un grupo de hombres" [9]. Así como "no ... basta colocar a un hombre junto a otro para que se forme entre ellos una

---

6 Loc. cit.,

7 Dicho "punto de vista sobre la justicia" no es otro que el ideal de justicia vigente en la sociedad de que se trate.

Cfr. LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Filosofía del Derecho.— Pp. 187 y ss.

8 Ibid., p. 189.

9 CARNELUTTI, Francisco ... Op. cit., p. 152.

persona"[10], ni la "relación **simple** entre particulares" (compraventa, arrendamiento, etc.) logra erigir sobre los individuos un producto supraindividual independiente[11], sino que es necesario un "sentido de la integración social de las partes"[12], una organización capaz de decisión y de acción unitarias, para que surja la personalidad moral, tampoco basta la voluntad del derecho positivo **per se**, sino para crear ficciones, positivas o negativas, no siempre compatibles con la **idea de Derecho.** Cuando la persona moral existe, la personalidad jurídica **le corresponde naturalmente** "como corresponde en otros casos al individuo, sin que pueda verse en ello atribución ficticia"[13]. **Contrario sensu,** su desconocimiento significaría un atropello, un abuso del poder y no un acto de derecho. Cuando los elementos de la acción conducen a varios hombres "integrados" **como si condujeran a uno solo,** la exigencia lógica de reconocer en estos hombres a una sola persona es indiscutible[14].

Claro que si el fin del ordenamiento jurídico es el bien común, "el bien público temporal"[15], el derecho positivo puede asegurar condiciones coherentes para otorgar personalidad jurídica a un ente social, para prohibirlo e inclusive tomar las medidas represivas y preventivas correspondientes. Salvo, pues, razones de bien común rectamente entendidas, el reconocimiento de la personalidad jurídica es consecuencia lógica de la libertad de asociación (Constitución Política del Perú, art. 27).

---

10 Loc. cit.

11 HENKEL, Heinrich ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— P. 336.

12 Ibid., p. 338.

13 CARNELUTTI, Francisco ... Op. cit., p. 153.

"Esta es una razón para abandonar de una vez aquella denominación de **persona jurídica** como contrapuesta a la **persona física** que corresponde a un estadio de la ciencia hoy superado. Son físicas, es decir, naturales, tanto las personas de los hombres individuales, como las de los complejos de hombres a las que se reconocen como sujetos de Derecho; y jurídicas, a su vez, es decir, sujetos de Derecho, lo son tanto las primeras como las segundas". Loc. cit.

14 CARNELUTTI, se refiere a "una situación cuyo elemento económico conduce a varios hombres". Sin embargo, a nuestro juicio, referirnos a los elementos de la **acción jurígena,** de los actos relevantes para el Derecho, es más exacto.

Cfr. ibid., pp. 153 y ss.

15 Cfr. DABIN, Jean ... Teoría General del Derecho.— Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1955.— Pp. 206 y ss.

5.3.

Según se trate de entidades provenientes de acciones cuya eficacia provenga inmediatamente del poder público o de facultades privadas, el procedimiento de atribución de la personalidad jurídica diferirá.

5.3.1.

La atribución formal de la personalidad jurídica de derecho privado reconoce tres sistemas: a) **la libre constitución corporativa** (basta la fundación inequívoca); b) **la concesión** (el Estado la otorga individualmente); y c) **la determinación normativa** (requisitos legales objetivos). Este último reúne las ventajas (libertad, condiciones de orden y seguridad) y evita los inconvenientes (inseguridad en las relaciones, limitaciones y dilaciones) de los otros sistemas [16]. El Código Civil peruano se adhiere al tercer sistema (art. 42, primera parte); pero acusa una importante influencia del primero: la personalidad jurídica puede retrotrarse hasta la fecha en que la entidad practicó actos civiles permitidos (art. 42, segunda parte).

5.3.2.

En el caso de la personalidad jurídica de derecho público, la atribución de la personalidad jurídica se produce por la respectiva ley de creación (arts. 39 y 41, C.C.). Pero el fenómeno de la personalidad jurídica de derecho público, excede lo que podría pensarse como simple resultado de la voluntad legislativa estatal. Es posible que la personalidad jurídica en el Derecho Romano haya aparecido antes en el campo del derecho

---

16 Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, pp. 443 y ss.; ROTONDI, Mario ... Op. cit., pp. 163 y ss.

público[17]. El Estado romano mismo es una corporación **(universitates)**, sujeto jurídico del patrimonio del Estado (aerarium populi Romani, fiscus Caesaris). Pero el Estado no es la única persona moral del derecho público. Aparte del municipio existen otras que el derecho alemán ha denominado "cuerpos de administración propia", pero entendiéndolos siempre como "miembros del organismo del Estado" y consecuentemente reglados por el derecho público, con la finalidad exclusiva y esencial de realizar una porción de la administración pública, existentes por gracia del reconocimiento estatal y bajo una facultad de vigilancia especial del Estado. Pero estos caracteres no son suficientes para explicar la personalidad moral misma, su existencia "personal" en el derecho público. La "constitución" que fija fines, destinatarios y representación del cuerpo de administración propia a través del "estatuto", no excede sustancialmente los criterios formales.

Tanto en el caso de las "fundaciones" y de los "establecimientos públicos" como en el caso de las **"asociaciones públicas"** existe un elemento de capital importancia, según MAYER: "el círculo de individuos para los cuales existe el cuerpo de administración propia, en cuyo favor tal porción de administración pública debe ser manejada de esta manera especial por una persona moral específica del derecho público". Estos destinatarios no son sólo los directos beneficiarios de las prestaciones, son también todos aquellos a quienes incumben las garantías de eficacia respecto de los propósitos y fines que la personalidad jurídica de derecho público otorga. Esta asegura los recursos eficaces para la empresa porque asegura no solamente ventajas jurídicas, sino también políticas, económicas y humanas[17a]. Los conceptos de **asociación pública** y de **personalidad jurídica como**

---

17 Cfr. ULPIANO en el Digesto, III, 4, 7, 1 y 1, 8, 6, 1.

ARIAS, José... Manual de Derecho Romano.— Buenos Aires, Ed. G. Kraft. Lda., 1949.— P. 129.

JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang ... Derecho Privado Romano.— Bercelona, Ed. Labor S.A., 1966.— Pp. 105 y 106.

Cfr. también MAYER, Otto ... Derecho Administrativo Alemán.— T. IV, pp. 252 y ss.

17a Cfr. MAYER, Otto ... Op. cit., T. IV, pp. 252 y ss.

garantía de eficacia son especialmente valiosos para la concepción de un ámbito de derecho público no estatal, cuyos sujetos detenten, en orden al interés de la universalidad de la sociedad, una "autonomía" que los sustraiga a la autoridad inmediata y directa del poder estatal.

5.3.3.

Sin embargo, en el derecho peruano las Universidades siguen un régimen especial. En atención a las características de su fundación, pueden ser estatales o particulares, lo cual las hace seguir la clasificación general de las personas jurídicas: personas jurídicas de derecho público interno o personas jurídicas de derecho privado (D.L. Nº 19326, art. 194). La ley agrega: "sin fines de lucro" (loc. cit.) [18], lo cual connota a las Universidades particulares como asociaciones. Pero se trata de asociaciones especiales, cuya función de "servicio público" (loc. cit.) y cuya importancia social (cfr. art. 170) [19], justifican un especial cuidado respecto de su existencia. Por esta razón la ley dispone que sólo por ley pueden crearse o suprimirse Universidades, de acuerdo a las necesidades de la planificación de la educación nacional y previo dictamen del órgano representativo del Sistema Universitario. La autorización de funcionamiento tiene carácter provisional, cinco años, al cabo de los cuales, previa evaluación, se otorgará la autorización definitiva (art. 194) [20].

La creación legal resulta normal en el caso de las Universidades estatales; pero respecto de las Universidades particulares, merece algunas precisiones. Es claro que la naturaleza misma de las Universidades las diferencia sustancialmente de las

---

18 En el D. L. Nº 17437, abrogado, arts. 2, inc. c) y 20.

19 En el D. L. Nº 17437, arts. 2, modificado por D. L. Nº 17706, 3 y 19.

20 El régimen anterior (D. L. Nº 17437, art. 22, modificado por el D. L. Nº 17706) establecía ciertas limitaciones durante el período provisional: la expresa supervisión del Consejo Nacional de la Universidad Peruana. El vigente, se remite al Estatuto General de la Universidad Peruana.

asociaciones comunes en cuanto a su trascendencia cultural, económica y social. Se trata de **asociaciones que son servicios públicos** capaces de trascender las formas establecidas y la fisonomía social y cultural del presente, cuyas relaciones con numerosos sectores sociales requieren especial protección jurídica. La creación legal tiende a garantizar un mínimo de eficacia, no a entorpecer o limitar la iniciativa social, en este campo vinculada a las libertades de pensamiento, expresión y enseñanza. No se trata, pues, de hacer exclusiva la fundación legal por voluntad estatal, sino de una adhesión específica al **sistema de concesión,** con lo que de ventajas y desventajas tiene. Uno de los peligros del dispositivo se encuentra en la referencia a las necesidades de la planificación de la educación nacional. Dicha planificación es ciertamente deseable, siempre que respete la libertad de la ciencia y la cultura, es decir, la discrepancia en la búsqueda individual e institucional de la verdad.

La ley no señala quiénes pueden solicitar la concesión legal; pero no parece que pudiera ser una persona individual, aunque estuviese premunida de los medios económicos necesarios. La idea de la empresa universitaria puede surgir en una mente y ser elaborada, pero si no logra adeptos, si no es acogida en un medio social, si no se torna idea directriz de la acción de un grupo y sólo se mantiene distributiva e individualmente pensada, no debe lograr institucionalizarse directamente como Universidad. Antes de dar personalidad jurídica a una Universidad es necesario asegurar no solamente un peculio propio y suficiente, sino también un grupo humano capaz, verdaderas asociaciones fundadoras o patrocinadoras. El D. L. Nº 17437 reconocía la posible existencia y el derecho de participación (siempre que el respectivo Reglamento lo estableciera) de la entidad fundadora o patrocinadora (art. 27, inc. 1), modificado por D. L. Nº 17833). La ley vigente no se refiere al tema.

La ley tampoco señala si más aquí de las condiciones de orden académico que justifican el juicio estatal previo a la concesión de la personalidad jurídica, se requiere condiciones objetivas de índole general. En este punto es necesario recordar que si la Universidad es primordialmente asociación en un sen-

tido más amplio y hondo que el legal, las Universidades particulares también lo son en el sentido legal. Por ello una Universidad particular debe asegurar primeramente los requisitos normales de toda asociación real que aspire a la personalidad jurídica, en cuanto le sean aplicables: contrato de constitución [21] o estatutos en escritura pública inscrita (art. 44, C. C.) [22]; peculio propio o previsión para formarlo (art. 44, C. C.) (queda entendido que en un monto proporcional a las necesidades de la empresa); nombre, el **nomen entis;** fin y objeto determinados y expresamente declarados (equivalen a la justificación, el "para qué" y el "por qué" de la nueva empresa universitaria que se gesta); fecha en que debe iniciar sus funciones; domicilio; organización; nómina de los miembros fundadores con indicación de los que ejerzan cargos directivos (provisionales y ordenados a la consecución de la ley de creación) (arts. 46 y 1054, C. C.). [23]. Por lo demás, las Universidades particulares pueden registrarse como asociaciones.

Esto nos lleva a preguntarnos si la entidad fundadora de que hemos tratado, quien, por cierto, puede mantener su individualidad después de creada la Universidad que gestó, no puede entenderse también como asociación "pre-universitaria" o preparatoria de la Universidad, capaz de convertirse en ésta una vez obtenida la ley de creación. En verdad no se trataría de una entidad sustancialmente distinta porque la idea de empresa es la misma: "hacer" tal Universidad; lo único que las diferenciaría es la etapa formal de ese hacer. Nos inclinamos por esta interpretación, lo cual nos pone nuevamente frente al fenómeno de que la existencia real de la institución es casi siempre

---

21 Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, p. 443.

22 LEON BARANDIARAN entiende que los estatutos que constan en escritura pública (art. 44, C. C.) no son otra cosa que la escritura de constitución: "El mismo art. 44 indica que los estatutos de la asociación deben constar de escritura pública ... Así, pues, que el acto creador de la asociación (como de cualquier persona colectiva) es solemne".

LEON BARANDIARAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.— Pp. 135 y 136.

23 Cfr. LEON BARANDIARAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.— Pp. 128 y ss., 137 y ss.; ENNECERUS, KIPP y WOLFF .. Op. cit., T. I, V, I, pp. 442 y ss.

anterior a su creación formal. Sólo en el caso de creación legal **por iniciativa del poder mismo** encontramos existencia formal anterior o simultánea (la ley puede diferir la personalidad hasta la implementación y existencia real del ente) a la real; pero en este caso la entidad fundadora (el Estado) sustituye el vacío inicial. Los entes así creados acentúan su carácter facticio frente a los particulares, más vitales y "naturales".

Si se pensara que estas asociaciones "pre-universitarias" tendrían un destino incierto, ello no afectaría su vocación de permanencia. La incertidumbre futura se refiere a la posible desafección del medio social a que se refería HAURIOU, traducible en la desestimación estatal y consecuentemente en su tácita prohibición y disolución.

Esta existencia fáctica, previa a la "universitización", constituiría una asociación inscribible y por lo tanto con acceso a la personalidad jurídica.

5.4.

Si bien la personalidad jurídica significa el reconocimiento de la calidad de sujeto de relaciones jurídicas y por lo tanto constituye un verdadero parámetro del derecho, la capacidad jurídica es la medida de la participación en el ordenamiento jurídico, "lo que quiere decir que si todos los hombres tienen idéntica personalidad, no tienen, en cambio, idéntica capacidad jurídica"[24]. ¿Cuál es, pues, la capacidad jurídica de las Universidades?

La teoría y la práctica del derecho han superado la concepción del derecho romano, para quien la personalidad jurídica compleja significó primordialmente[25] capacidad de tener

24 CARNELUTTI, Francisco ... Op. cit., p. 158.

25 Según ENNECERUS, significó **solamente** capacidad de goce. Para JORS y KUNKEL el asunto, a la luz de los datos históricos, no se presenta con rasgos tan definidos: "... por otra parte, se estimó siempre que los acuerdos adoptados por el pueblo o por el Senado (o los decuriones, en su caso), si se sujetaban a las formalidades prescritas, eran expresión de la voluntad del Es-

derechos, de goce; no capacidad de voluntad (**"universi consentire non possunt"**), de acción o de ejercicio [26]. Se ha generalizado el reconocimiento de ambas aptitudes para las personas jurídicas, las cuales son capaces de obrar por sí, a través de sus órganos, considerándose los actos de éstos **dentro de las funciones de su competencia,** como actos de la propia persona jurídica [27].

5.4.1.

La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio señalan un espacio potencialmente ilimitado de relaciones posibles; sin embargo, en el caso de las personas jurídicas complejas su na-

---

tado"; asimismo "parece ser que fue posible a la asociación realizar negocios jurídicos de adquisición por el concurso de todos sus miembros".

Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, pp. 425 y 426; JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang ... Derecho Privado Romano.— Barcelona, Ed. Labor S. A., 1966.— P. 108.

26 Las personas jurídicas debían tener representantes cuyos actos daban derechos u obligaban a la persona jurídica, pero no se consideraban actos propios de ésta y la responsabilidad no iba más allá que la de una persona natural respecto de su representante. Para PETIT es una especie de curador (**actor, syndicus o magister**).

Cfr. JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang ... Op. cit., pp. 108 y 109; PETIT, Eugene ... Tratado Elemental de Derecho Romano.— México. Ed. Nacional. 1962.— Pp. 163 y 164; ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, pp. 425 y 426.

27 Respecto del derecho soviético, "toda persona jurídica posee capacidad de derechos y capacidad de ejercitarlos". Asimismo coincide formalmente con los requisitos dominantes sobre personas jurídicas del derecho no soviético. Sustancialmente las empresas económicas son sólo estatales o cooperativas. "El principio de autonomía económica socialista está indisolublemente ligado al plan". Además, existen sindicatos: consejos sindicales, central, de república, territorio y región; comités sindicales; uniones de escritores, pintores, periodistas etc. Sobre la atribución de la personalidad jurídica, ésta puede producirse por tres sistemas: el administrativo de derecho público, el "de autorización" o concesión y el normativo sin permiso previo. En cuanto a la extinción, se acentúa el poder estatal.

Cfr. SEREBROVSKI, V. y JALFINA, R. ... Derecho Civil Soviético, en Fundamentos del Derecho Soviético, publicado por la Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, bajo la redacción de ROMASHKIN P.— Moscú, Ed. en Lenguas Extranjeras, 1962.— Pp. 185 y ss. Cfr. También GRIGORIAN, L. y DOLGOPOLOV, Y... Fundamentos del Derecho Estatal Soviético.— Moscú, Ed. Progreso.— Pp. 178, 128 y ss.

El D. L. Nº 17437, ex-Ley Orgánica de la Universidad Peruana, en su art. 34, señalaba al Rector como representante legal de la Universidad.

turaleza misma y los fines, en sentido amplio, delimitan los márgenes objetivos de la acción futura. El art. 43 del C. C. peruano resume ambas limitaciones: "las personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir los derechos y contraer las obligaciones que no son inherentes a la condición natural del hombre". De un lado, la capacidad de las personas jurídicas les franquea el acceso al derecho subjetivo, con excepción de las relaciones que suponen la individualidad humana. De otro, "los fines de su instituto" la limitan: "el volumen de la capacidad civil de derechos de la persona jurídica se determina por el objeto concreto para el cual se ha creado la persona jurídica (principio de la capacidad jurídica especial [28] o de la especialización [29]). La primera limitación se remite al modo de ser de la realidad colectiva; la segunda, a la significación de la personalidad jurídica compleja, es decir, al modo de ser específico e individualizable de la "empresa" implicada. Es, pues, natural que lo que nace para fines altruistas, culturales, etc., no tenga capacidad jurídica para realizar negocios jurídicos cuya finalidad sea el lucro de sus miembros. Los supuestos de la personalidad de la asociación se desvirtuarían, con detrimento de la seguridad y la confianza sociales. Pero, inclusive dentro de fines no económicos, la asociación no puede ir más allá de una amplia interpretación de sus fines y objetivos, por las mismas razones de autenticidad y seguridad. Una Universidad no puede, por ejemplo, desviar su acción hacia la pura beneficencia sin falsear su personalidad. No puede olvidarse que la idea de empresa (que incluye la de fin) se personifica en la institución. Como afirma LEON BARANDIARAN,

> "este dato teleológico es fundamental porque ... se vincula **in nuce** con la existencia de la asociación, pues de no ajustarse esta última a la finalidad que le es

---

28 SEREBROVSKI, V. y JALFINA, R. ... Op. cit., p. 186.

29 Cfr. DU PASQUIER, Claude ... Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.— P. 101; ROTONDI, Mario ... Op. cit., p. 171; LEON BARANDIARAN, José ...Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.— P. 137; diversamente ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, pp. 435 y 436.

propia (desviación del fin) (de modo permanente y estructural), le faltaría capacidad jurídica a tal persona moral" [30].

Sin embargo, del mismo modo que el fin no económico, no excluye una economía instrumental de la asociación (recursos propios y administración económica para el fin: art. 44, C.C.), no excluye la posibilidad de operaciones económicas destinadas a auxiliar y fomentar el fin principal, no económico. Aquí "los fines de su instituto" (art. 43, C.C.), actúan como liberadores.

5.4.2.

La capacidad de las Universidades se vincula directamente con su categorización en personas de derecho público interno y personas de derecho privado sin fines de lucro, es decir, asociaciones. Los arts. 40 y 41 del C. C. franquean la capacidad de contratar, a las personas jurídicas de derecho público interno, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, y con la limitación de enajenar los inmuebles sólo según el art. 1342 del Código de Procedimientos Civiles.

A este respecto la ex-Ley Orgánica de la Universidad Peruana, D. L. Nº 17437, contenía normas que la vigente Ley General de Educación, D. L. Nº 19326, no incluye, salvo contadas excepciones. Dado el especial interés de dichos dispositivos para una mejor comprensión del derecho de la Universidad, los expondremos en vía de ilustración, acotando en forma de notas las pocas disposiciones análogas de la ley vigente.

El D. L. Nº 17437, art. 142, autorizaba a las Universidades estatales "para enajenar sus bienes inmuebles (el art. 125, modificado por D. L. Nº 17833, garantizaba la propiedad del patrimonio universitario, art. 141, con las limitaciones establecidas en el D. L. Nº 17716, Ley de Reforma Agraria) en subasta pú-

30 LEON BARANDIARAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.— P. 137.

blica, siempre que los recursos correspondientes fueran aplicados a la construcción de ciudades universitarias o edificios dedicados a la enseñanza o a la investigación". El art. 144 del mismo cuerpo legal, más que autorizar los actos derivados de la administración normal, encargaba taxativamente ésta a las autoridades universitarias, prohibiendo, **contrario sensu,** la administración estudiantil. El art. 143 facultaba indirectamente para aceptar contribuciones voluntarias de los graduados, legados y donaciones (también arts. 130 y 141), para realizar con su patrimonio operaciones que produjeran renta, para prestar servicios remunerados y vender productos generados por su propia actividad [31]. Agregaba la facultad de cobrar pensiones y otros derechos. Se trataba de una simple enumeración ejemplar y no taxativa. Con lo cual, la ley se adhería a la tesis de la capacidad para actos económicos instrumentales al fin. Vender productos, en el contexto, suponía "utilidad", justificada para los fines institucionales.

El art. 147 (D. L. Nº 17437) establecía asimismo la ejecución presupuestal "dentro de lo que prescribe el Estatuto de la Universidad Peruana, de acuerdo con la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República y la Ley Anual de Presupuesto correspondiente".

El art. 23 (D. L. Nº 17437) que definía la autonomía académica, administrativa y económica como **"el derecho y la capacidad de tomar decisiones y ejecutarlas en todo lo concerniente a la realización de sus fines",** venía a resumir la capacidad jurídica de las Universidades, tanto estatales como particulares, con las variantes, para estas últimas, establecidas por el art. 24: a) registro de títulos profesionales en el Ministerio de Educación y b) información presupuestal al Consejo Nacional de la Universidad Peruana. Sin embargo, dicha autonomía (que expresamente no incluye la extraterritorialidad, art. 25) estaba limitada por la sistematización de la Universidad Peruana.

Las Universidades particulares, como hemos dicho, según el derecho positivo, son personas jurídicas de derecho privado. El

---

31 Cfr. D. L. Nº 19326, art. 195, e).

art. 42, C. C., acepta "actos civiles de los que están permitidos", con lo cual no sólo se refiere a los que no afecten el orden público y las buenas costumbres, sino también a los adecuados al fin de la persona jurídica compleja y a su naturaleza (art. 43, C. C.). En el régimen expreso de la Ley anterior, las Universidades particulares gozaban de mayor autonomía y, por lo tanto, capacidad jurídica, que las estatales para la administración y promoción de su patrimonio, pues estaban excluídas, salvo en los recursos provenientes del Tesoro Público, de la sujeción al Consejo Nacional de la Universidad Peruana (art. 122, D. L. Nº 17437 modificado por D. L. Nº 17833, y arts. 124 y 127). Asimismo, no las afectaba los requisitos específicos para la venta de inmuebles (art. 41 C.C. y art. 142, D. L. Nº 17437) y contratos de mutuo (art. 124, D. L. Nº 17437), ni las limitaciones sobre administración y presupuesto (Título IV, Capítulo VI, D. L. Nº 17437). El origen de los recursos, privado o estatal, significaba mayor o menor autonomía para la Universidad de que se tratase.

La ley creó junto a las Universidades otros entes que se originaban en las necesidades del "sistema" universitario (cfr. D. L. Nº 17437, Título II, Capítulo I, modificado por D. L. Nº 17706) y que no pueden ser ignorados. Son el Consejo Nacional de la Universidad Peruana y los Consejos Regionales Universitarios (art. 9, D. L. Nº 17437). Nada se decía sobre su personalidad, mas ésta podía deducirse para el primero, pero no para los segundos [32].

El Consejo Nacional, en el D. L. Nº 17437, era el máximo organismo representativo y de dirección del sistema (art. 11, D. L. Nº 17437, modificado por D. L. Nº 17833). El conjunto de las Universidades y de los organismos interuniversitarios de coordinación y dirección aparecían como integrantes de una entidad mayor: la Universidad Peruana [33]. No es clara la naturaleza real ni jurídica del sistema, aunque parecía tender a la personificación de su totalidad (cfr. D. L. Nº 17437, Título II, Cap.

---

32 Lo mismo puede decirse del nuevo régimen: cfr. arts. 174 y 179 del D. L. Nº 19326.

33 Cfr. Ley General de Educación, art. 171.

I, modificado por D. L. Nº 17706). La ley otorgó al Consejo Nacional la capacidad de celebrar contratos de mutuo internos y externos, para fines generales del Sistema [34] pero bajo autorización de Decreto Supremo del Ramo de Hacienda (art. 124). Facultades tan amplias como la promoción y administración económico-financiera del Sistema (art. 122, modificado por D. L. Nº 17833), que incluía poder para enajenar y gravar los bienes afectados a los fines de la Universidad Peruana (art. 126) por medio de su repartición denominada Fondo Nacional de la Universidad Peruana (art. 132), requieren personalidad jurídica, aunque ésta, taxativamente, no suponga más capacidad que la enunciada. Pero la **"promoción y administración económico-financiera"**, implicaba prácticamente toda la extensión de la capacidad jurídica de las personas jurídicas, en este caso, de derecho público interno.

En cambio, los Consejos Regionales Universitarios, "organismos intermedios", que por lo demás nunca llegaron a funcionar, cuyos fines eran de "integración y coordinación" (art. 16, D. L. Nº 17437), detentaban atribuciones (art. 18, modificado por D. L. Nº 17833) cuyo ejercicio no requería estrictamente personalidad jurídica.

5.5.

Hemos estudiado la gestación y el nacimiento jurídico de la institución universitaria así como sus condiciones de vitalidad y su capacidad jurídica. Pero, como todo lo que es de factura humana, la Universidad concreta es susceptible de decadencia y es perecedera "como todas las existencias", según decía HAURIOU para las instituciones: "algunas veces su muerte es determinada por razones internas de mala organización o de usura de la idea y, a menudo, lo es también por accidentes exteriores, por desafección y hostilidad del medio social" [35].

---

34 Cfr. Ley General de Educación, art. 190.

35 Cfr. HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 94.

La primera forma de decadencia de una institución universitaria se produce no cuando la idea de la empresa es desarrollada en formas nuevas, sino cuando el carácter propio, el **ethos** institucional, se debilita hasta perderse y la idea es irreconocible, cuando las subjetividades no producen la refracción natural de la idea, sino que ya no la acogen ni la aceptan y la conciencia de identidad desaparece. Entonces los acuerdos expresos y tácitos sobre los fines específicos, sobre el "plan de vida" propio, se resuelve en el incremento de las disidencias y en una verdadera anomia (arts. 57 y 58 del C. C.). La des-composición afecta a la idea de la empresa universitaria concreta, lo que, como es natural, repercute en la vida, en las funciones de la Universidad. Sin objetivos comunes el quehacer se mecaniza y se pierde su sentido, sus significaciones profundas. En la confusión de los valores se subvierte el orden racional de lo esencial y de lo instrumental, de la coherencia y el sentido pragmático, de lo auténtico y de las mixtificaciones, del sentido crítico y del prurito crítico. Las funciones de la Universidad misma terminan por ser incomprendidas, parecen insuficentes y se las llega a concebir como instrumentales a otros fines. Es el caso de la politización partidaria o de la anarquización de la Universidad. Estas fuerzas, incompatibles con **la apertura a la universalidad del conocimiento**, provocan un incremento de las tensiones naturales de la realidad universitaria, con el agravante de imposibilitar verdaderas soluciones, debido a la ruptura de la confianza y del deseo de colaboración entre sus miembros. Si estos síntomas los aprehendemos no en cualquier institución sino en una de las más altas instituciones educativas y creadoras de cultura, en lo que debiera ser "la conciencia más lúcida de su tiempo", la decadencia grave se torna evidente.

Asimismo, la mala organización y la ineptitud de los miembros puede condiconar una grave y permanente desadecuación de los medios a los fines (cfr. arts. 58, 60, 61 del C. C.), con su secuela de ineficacia real y de inautenticidad, signos claros también de decadencia.

Siempre que la acción integracional predominante pierde terreno ante la acción desintegracional, de modo más o menos

estable, se incrementan los elementos de decadencia institucional. Estos no son siempre claramente perceptibles por razón de la lentitud de las reacciones sociales. Del mismo modo que existe un tiempo de reacción fisiológica, existe un tiempo de reacción social. Así, ciertos síntomas, aparentemente inocuos, pueden anunciar un estado de decadencia más o menos grave.

Dichos estados de decadencia de una Universidad podrían evocar un régimen de curatela, (art. 592, inc. 2º, C. C.); pero la vía específica prevista por la ley fue la intervención del Consejo Nacional de la Universidad Peruana a través de Comisiones de Información, Investigadoras o Reorganizadoras, y aun el receso y la suspensión o destitución de sus autoridades [36].

Frente a este tipo de medidas, que en algunos casos implican una verdadera incapacidad jurídica, siempre será posible acudir a la vía judicial, pues aunque la ley crea un derecho especial, con analogías con un fuero privativo, es evidente que la **ratio legis** no supone cerrar los ojos a la siempre posible arbitrariedad, ni autorizar el también siempre posible abuso del poder. Sin embargo la "autonomía del sistema" (D. L. Nº 17437, art. 2, inc. e; D. L. Nº 19326, art. 171) no tolera que se le prive de modo general de la decisión definitiva para ponerla en manos del juez, lo cual hace conveniente limitar la revisión judicial sólo para los casos de **injusticia notoria** (Cfr. analogía con el art. 58 del C. C.).

Si el estado de decadencia es insalvable, la ley (D. L. Nº 19326, art. 194), previo dictamen del Consejo Representativo del Sistema Universitario, puede disolver o "suprimir" una Universidad [37]. Asimismo una Universidad particular, de acuerdo con el art. 59 del C. C. puede acordar su disolución; pero dicho acuerdo suspenderá sus efectos hasta la consecución de la ley de supresión correspondiente. La necesidad de supresión legal de una Universidad, hace inaplicable el art. 62 del C. C.

---

36 Cfr. D. L. Nº 17437, abrogado, art. 15, inc. j), modificado por D. L. Nº. 17833.

37 Cfr. D. L. Nº 17437, arts. 15, inc. g y 22, modificado por D. L. Nº 17706.

La Ley General de Educación no prevé el destino del patrimonio de la Universidad suprimida. En el caso de las Universidades estatales no existe problema alguno, pues se trata de patrimonio estatal [38]. Respecto de las Universidades particulares es, pues, aplicable el art. 63 del C. C., el que coincide con la doctrina predominante: "Disuelta la asociación se entregará su patrimonio a las personas designadas en sus estatutos, una vez cumplidas las obligaciones contraídas respecto de terceros. A falta de designación, el patrimonio se aplicará a la realización de fines análogos en interés del distrito, provincia o departamento, según el caracter e índole de la asociación disuelta. Esta función incumbe a la Corte Suprema".

38 Cfr. ex-Ley Orgánica de la Universidad Peruana D. L. Nº 17437. arts. 123, 125, modificado por D. L. Nº 17833, 126, 131 132 y 133.

CAPITULO 6

LA UNIVERSIDAD: SERVICIO PUBLICO

En los capítulos anteriores nos hemos referido con alguna frecuencia a la Universidad como servicio público. Debemos, por lo tanto, precisar las significaciones jurídicas implicadas y sus consecuencias.

6.1.

Toda sociedad humana tiene ciertas necesidades colectivas sentidas concurrentemente por todos y debe organizar sistemas de estructuras sociales capaces de satisfacerlas. Una variedad de estas estructuras sociales son los denominados servicios públicos.

6.2.

El servicio público como fenómeno jurídico fue desconocido por el Estado del liberalismo clásico. El Estado gendarme del "laissez faire la nature et la liberté", entendido como orden y como poder autoritario, basado en una economía de libre competencia de intereses particulares[1], no reconoció a la

1 "La tesis básica de la obra de Smith, la biblia de un siglo optimista, es la creencia de que la vida económica está dominada por una ley secreta, pero soberana, de acuerdo con la cual los hombres, aunque sólo desean servir a sus propios intereses, al mismo tiempo, automáticamente, promueven el bienestar común; todavía más, de que el bienestar común no puede ser mejor fomentado que por los hombres libres valiéndose únicamente de sus propias manos".
STARK, W. ... Historia de la Economía en su Relación con el Desarrollo Social.— México, F. de C.E., 1961.— P. 39.

administración pública sino muy limitadas funciones en beneficio directo de la colectividad. La función pública indelegable, manifestación imperativa del poder estatal, se afirmó frente a toda idea de servicio que pudiera limitar la iniciativa privada, considerada **per se** fuente de bienestar [2].

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, un lento proceso de toma de conciencia de que los intereses públicos y los individuales deben ser racionalmente compatibilizados, y la comprensión del Estado más que como estructura de poder como estructura de servicio [3], han determinado una creciente intervención del Estado moderno en la esfera de "lo privado", con la consecuente creación y multiplicación de servicios públicos.

6.3.

La teoría jurídica ha intentado diversas definiciones del servicio público, uno de los conceptos considerados fundamentales del derecho administrativo. En este esfuerzo, resulta difí-

---

2 Cfr. FIORINI, Bartolomé A. ... Manual de Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, Ed. La Ley, 1968.— P. II, pp. 821 y ss.; SARRIA, Eustorgio... Derecho Administrativo.— Bogotá, Ed. Temis, 1957.— Pp. 75 y ss.; SERRA ROJAS, Andrés ... Derecho Administrativo.— México, Porrúa S.A., 1965.— Pp. 119 y ss.

3 Para DUGUIT la noción de servicio público se sustituye a la de soberanía como fundamento del Estado: "El Estado no es como se ha pretendido hasta ahora una potencia que manda, una soberanía. Es una cooperación de servicios públicos organizados por los gobernantes". DUGUIT, León ... Manual de Derecho Constitucional.— Madrid, F. Beltrán Ed., 1926.— P. 72.

Asimismo BONARD: "los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado", el cual se presenta "como constituido por el conjunto de los servicios públicos". Citado por SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 80.

Al respecto consideramos necesarias dos precisiones: a) la fundamentación del Estado en la idea de servicio no excluye la idea de **imperium** o poder de dominio, ejercido en última instancia por seres humanos; y b) no toda la actividad del Estado consiste en la prestación de servicios públicos: existe la actividad administrativa general y la actividad política propia de la función pública.

Para a) Cfr. JELLINEK, Georg ... Teoría General del Estado.— Bnos. Aires, Ed. Albatros, 1954.— Pp. 320 y ss.; MANNHEIM, Karl ... Diagnóstico de Nuestro Tiempo.— México, F. de C.E., 1959.— Pp. 9 y ss.; BODENHEIMER, Edgar ... Teoría del Derecho.— Pp. 15 y ss. Para b) Cfr. SERRA ROJAS, Andrés ...Op. cit., pp. 130 y ss.; FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. II, p. 821 y ss.; OSORIO ISAZA, Luis C. ... Los Establecimientos Públicos en Colombia.— Bogotá, Ed. Kelly, 1969.— Pp. 106 y ss., 156 y ss.

cil encontrar los elementos comunes de un concepto que jamás se tradujo a institución jurídica específica y parece apropiada la constatación del profesor FIORINI: "se trata de una noción genérica y de aplicación interpretativa peculiar para un determinado sistema jurisdiccional"[4].

Sin embargo es posible desbrozar una noción moderna de servicio público.

Después de analizar los conceptos y definiciones de BLONDEAU, P. COMTE, DUGUIT, BONARD, HAURIOU, ROLLAND, JEZE, el Consejo de Estado de Francia, LAUFENBURGER, FRAGA, BIELSA, PAREJA y CASTRO MARTINEZ, el profesor SARRIA da la siguiente definición:

"Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas"[5].

6.4.

Tomaremos esta definición como marco de referencia para nuestro estudio, pues más que encontrar la definición de servicio público, nos interesa indagar hasta qué punto es aplicable a la Universidad la noción de servicio público "como elemento o principio interpretativo"[6].

La aproximación inmediata nos lleva a afirmar que, en efecto, la función de la Universidad es una actividad destinada a satisfacer una necesidad pública de orden cultural, en forma continua y obligatoria, según un régimen jurídico especial y a cargo de personas públicas o privadas.

---

4 FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., II Parte, p. 821.

5 SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 79 y ss. y 86.

Cfr. también: SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 126 y ss.; OSORIO ISAZA, Luis Camilo ... Op. cit., p. 138.

6 FIORINI, Bartolomé A ... Op. cit., II Parte, p. 821.

6.4.1.

Pasamos a analizar los factores implicados en la noción de servicio público y en su concreción universitaria:

6.4.1.1.

a) **Necesidad pública.**—La necesidad pública es un elemento indiscutido en la teoría del servicio público. Se refiere a todos los sectores de la población incluidos en su delimitación jurisdiccional [7]. Esta necesidad puede afectar directamente a un sector social e indirectamente al resto.

En todo grupo humano, junto a las necesidades primarias, vinculadas a las funciones biológicas, existen necesidades vinculadas al modo de ser humano, a la subsistencia del grupo y a su desarrollo. La sociedad necesita trasmitir su cultura de una generación a otra y preparar, a través de la formación de las generaciones jóvenes, las condiciones esenciales de su propia existencia y desarrollo. Esta necesidad pública encierra en sí misma múltiples necesidades: la conservación de la cultura, que incluye no sólo la conservación de sus objetos, de sus significaciones, de sus valores y sus normas, sino también la de su impulso crítico y creador; la comunicación de ese legado de conquistas y actitudes humanas, a través de un complejo tejido de procedimientos que van, desde los espontáneos hasta los más elaborados; el desarrollo del conocimiento dirigido al esclarecimiento del pasado, a la comprensión del presente, al mejor desarrollo de las potencialidades del hombre y, en fin, al mejor dominio de su medio ámbiente. Vale decir, que toda sociedad necesita cuidar de su proceso cultural y educativo, con sus elementos estáticos y dinámicos, particulares y universales. Cabe, pues, subrayar que se trata de una necesidad pública por excelencia. La Universidad, significa una de sus más importantes respuestas.

---

7 Cfr. el "soporte geográfico jurisdiccional" como elemento del servicio público.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino ..... Tratado General de Derecho Administrativo.— Barcelona, Bosch, 1958.— Tomo I, p. 483.

6.4.1.2.

b) **Actividad dirigida a satisfacer esa necesidad de carácter general.**—No se trata de una actividad cualquiera, sino de una actividad organizada o sistematizada, de un procedimiento técnico cuyo propósito es satisfacer la necesidad pública. Esta actividad se confunde con la prestación administrativa misma, la cual es el contenido de una obligación de dar o hacer que puede transformarse en derecho subjetivo de los usuarios [8].

La función de la Universidad es en sí misma una actividad sistemática destinada a satisfacer algunas de las necesidades fundamentales del proceso cultural y educativo de la sociedad, proceso que, no debe olvidarse, está directamente vinculado con el desarrollo social y económico.

La continuidad de la prestación se deriva de la continuidad de la necesidad. Las eventuales interrupciones del funcionamiento de una Universidad son insuficientes para alterar significativamente el hilo de sus funciones. La continuidad debe entenderse en función de la naturaleza específica de cada servicio público. Y esto porque la sociedad no manifiesta el mismo "tiempo de reacción" para todos los fenómenos; por ejemplo, lo que en la prestación hospitalaria significaría una interrupción, en la prestación universitaria pudiera no serlo.

La obligatoriedad de efectuar la prestación se sigue de la importancia de la necesidad, de la finalidad misma del servicio público, de su régimen jurídico y del principio de igualdad ante la ley. De allí que la Universidad no puede excluir arbitrariamente a quien solicite su servicio.

6.4.1.3.

c) **Régimen jurídico especial.**—Es lo que ALVAREZ GENDIN llama "medios jurídicos" [9] y que JEZE encuadra dentro del derecho público como régimen jurídico especial en el que "las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento

8 Cfr. FIORINI, Bartolomé ... Op. cit., P. II, p. 837.
9 Op. cit., T. I, p. 486.

la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico"[10]. Este régimen jurídico especial destinado a la protección de los intereses más valiosos de la sociedad tiene por objeto facilitar el funcionamiento regular, continuo y eficaz del servicio. El imperativo de perfeccionamiento constante, propio de los postulados de solidaridad social e interdependencia humana, explica porqué el régimen legal y reglamentario de los servicios públicos es susceptible de modificación en cualquier momento.

El régimen jurídico especial de los servicios públicos se halla contenido en normas jurídicas legales y reglamentarias, creadoras de una **situación jurídica general.** Estas normas, por su naturaleza jurídica, pueden ser modificadas o sustituidas por otras que se estimen más convenientes; "todo lo cual puede realizarse unilateralmente por quienes tienen competencia para ello"[11]. "Tal cosa puede hacerse sin que sea óbice el principio del respeto a intereses creados dentro del régimen jurídico anterior": "la situación jurídica general es esencialmente modificable por la ley o el reglamento"[12]. La autonomía de la voluntad y del propio interés deben ceder, en ciertos campos de acción humana, ante valores de orden general. Estos valores sociales especialmente estimables, deben ser protegidos por el Derecho con la intervención de lo que DUGUIT llama "la fuerza gubernamental", es decir, por el derecho público.

Se ha objetado, sin embargo, el hecho de que en muchos casos para la gestión de servicios públicos, el Estado actúa mediante procedimientos que son de derecho privado. Es el caso de los servicios públicos industriales y comerciales, que se pretende distinguir de los "servicios administrativos"[13]. Creemos

---

10 JEZE, Gastón ... Los Principios Generales del Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, Depalma Ed., 1949.— T. II, p. 4.

11 Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 88 y 89.

12 Loc. cit.

13 WALINE, Marcel, Droit Administratif, citado por OSORIO ISAZA, Luis Camilo ... Op. cit., p. 148.

La objeción vinculada a la existencia de los denominados "servicios públicos funcionales" será tratada en el siguiente apartado, destinado a "el gestor". La objeción de las nacionalizaciones, varía sobre el tema básico de los servicios industriales y comerciales. OSORIO ISAZA. (Op. cit., pp. 150 y ss.) expone y discute ambos planteamientos. Vale observar que suele generalizarse como "crisis del servicio público" a la crisis de la teoría clásica del servicio público.

que en estos casos no debe confundirse el régimen jurídico estructural del servicio público con la eventual, y aun estable, utilización de procedimientos de derecho privado facultados por el poder exorbitante del derecho público con la finalidad de servir mejor o más adecuadamente el interés público.

Es sabido que el Estado, cuyo régimen estructural es, sin lugar a duda, de derecho público, puede actuar y actúa de hecho, cuando es conveniente a sus fines públicos, como sujeto de derechos privados. El criterio de ROGUIN [14] clarifica el problema de la naturaleza de la actuación del Estado: si la actividad desplegada por el Estado está sometida a una legislación excepcional o especial, establecida con el propósito de regular la relación específica, ésta es de derecho público; si por el contrario, el órgano estatal se somete a la legislación ordinaria, la relación es de derecho privado.

Precisamente el Estado es capaz de asumir la personalidad de derecho privado porque su régimen jurídico estructural es derecho público.

¿Cuál es el régimen jurídico de la Universidad? Ninguna obra humana está desconectada de su pasado, comprender el presente implica preguntarse por el proceso que le dio origen y le presta continuidad. La naturaleza de las instituciones sociales participa de la historicidad esencial del obrar humano y es en sí misma proceso histórico. Preguntar por el régimen jurídico de la Universidad es exceder el derecho vigente, en busca de motivaciones sociales más profundas que la simple voluntad circunstancial del legislador.

A continuación intentaremos una revisión esquemática de los principales hechos históricos vinculados al régimen jurídico de la Universidad, en su origen, su desarrollo hispánico y su evolución nacional.

En su origen histórico [15] la Universidad es un fenómeno

---

14 ROGUIN, La Science Juridique pure, citado por DU PASQUIER ,Claude ... Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.— P. 151; y por GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción al Estudio del Derecho.— P. 135.

15 Cfr. HEER, Friedrich ... El Mundo Medieval. —Pp. 259 y ss.

no estatal [16]. La **universitas magistrorum et scholarium** aparece espontáneamente [17], como espontánea fue la aparición de los otros gremios o corporaciones de artesanos y comerciantes en la Edad Media. El carácter multinacional o supranacional [18] del **Studium Generale,** el espíritu de cuerpo y la necesidad profunda de libertad, en el marco de las circunstancias culturales, jurídicas y sociales de la segunda mitad del siglo XII, son factores fundamentales para explicar el nacimiento de la Universidad como iniciativa "particular" [19].

---

16 Usamos aquí la palabra "estatal" en el sentido de referente a la estructura jurídica formal de poder, según la idea predominantemente en los países latinos.

17 Si bien a partir de 1225 se aplica la palabra Universitas en Oxford y en 1261 en París, para referirse a la institución misma, "lo corriente fue que, al principio, dicha palabra se aplicase —como dice expresamente la bula papal de la Universidad de París (1255)— a asociaciones o corporaciones espontáneas de profesores y estudiantes".

FERRER PI, Pedro ... La Universidad a Examen.— Barcelona, Ed. Ariel, 1963.— Pp. 13 y ss.

18 SCHNEIDER, Friedrich ... Educación Europea.— Barcelona, Ed. Herder, 1963.— Pp. 167 y ss. Cfr. también LATORRE, Angel... Universidad y Sociedad.— Barcelona, Ed. Ariel, 1964.— Pp. 19 y ss.

19 "En la confusión legal que reinaba todavía en el siglo XII, cuando cada uno podía ser juzgado según la ley romana o según el Código Teutónico, era natural que los profesionales de cualquier estamento trataran de organizarse en gremio o universidad, para precisar su estado civil. Maestros y estudiantes, la mayoría extranjeros, tenían que reclamar una carta o privilegio que precisara sus derechos y legalizara una corporación que pudiera tratar, de igual a igual, con los Concejos de las ciudades donde estaban instaladas las escuelas".

PIJOAN, José ... Breviario de la Historia del Mundo y de la Humanidad.— Bnos. Aires.— Salvat. T. II, p. 114.

"...se formaron comunidades de profesores con vistas a defender sus intereses y la disciplina de los estudios" (París) ... "De modo análogo los estudiantes se reunieron a menudo en corporaciones o ligas para protegerse contra los profesores, las autoridades municipales, etcétera" (Bolonia).

ABBAGNANO, N. y VISALBERGHI, A. ... Historia de la Pedagogía.— México, F. de C. E., 1964.— Pp. 153 y ss.

"Cuando no se consigue un acuerdo con la ciudad o con los profesores, la Universidad medieval (y en esto son modelos Bolonia y París) dispone de un arma temible: la secesión, la emigración a otra ciudad".

"Las armas más eficaces de la Universidad —que sabe manejarlas— son la auto-disolución, la secesión y la huelga: puede manejarlas porque no posee edificios, porque es una casa abierta, porque no tiene "casa"; sus profesores y sus estudiantes encuentran acogida en cualquier lugar de Europa".

HEER, Friedrich ... Op. cit., pp. 267 y 272.

"...las universidades europeas no se desarrollaron conforme a plan alguno"...

BECK, Robert Holmes ... Historia Social de la Educación.— México, UTEHA, 1965.— P. 66.

La historia del nacimiento de la Universidad en el siglo XII y de su afirmación hasta mediados del siglo XIII es la historia de un proceso social de institucionalización. La **universitas** de maestros de París y la **universitas** de estudiantes de Bolonia presentan caracteres fundacionales y organizativos diferentes; pero ambas se originan en la eficacia de fuerzas sociales ajenas a la voluntad del poder gobernante [20].

Sólo después de la aparición y funcionamiento de las primeras Universidades (hacia 1150) intervendrán el poder eclesiástico y el estatal para prestarles su reconocimiento o para crear nuevas Universidades [21]. La primera carta donde aparece definida la situación jurídica de los estudiantes de Bolonia, el privilegio del Emperador Federico Barbaroja, data de 1158 [22]. La carta fundamental de la Universidad de París, la bula **Parens scientiarum** data de 1231; pero ya en 1212 una bula de Inocencio III "interviene" en la Universidad a raíz de una apelación de los maestros, limitando las facultades del Canciller episcopal de Notre Dame [23]. Oxford, que se origina en un éxodo de profesores y estudiantes ingleses de París el año 1167, recibe los primeros privilegios en 1214 (Inocencio III, Juan Sin Tierra) y sólo hacia 1314 su constitución es sancionada por carta real [24].

Las Universidades españolas no escapan al fenómeno mencionado:

---

20 Es especialmente valioso el desarrollo de BECK, Robert Holmes ... Op. cit., pp. 36 y ss.; y 62 y ss.

21 Cfr. JIMENEZ, Alberto ... Historia de la Universidad Española.— Madrid, Alianza Editorial S. A., 1971.— Pp. 43 y ss.; MYERS, Edward D. ... La Educación en la Perspectiva de la Historia.— México, F. de C. E., 1966.— Pp. 290 y ss.

22 Pone a los estudiantes bajo la protección y amparo del Emperador y les concede el derecho de ser juzgados por sus maestros o por el Obispo (Cfr. PIJOAN, José ... Op. cit., T. II, p. 114); es decir, establece un **"fuero universitario"** (Cfr. ALVAREZ - GENDIN, Sabino ... Manual de Derecho Administrativo Español.— Barcelona, Ed. Bosch, 1954.— P. 363).

Respecto de "Fuero" como privilegio y como jurisdicción cfr. BIELSA, Rafael ... Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.— Pp. 49 y ss. Asimismo COUTURE, Eduardo J. ... Vocabulario Jurídico.— Montevideo, 1960.— P. 308.

23 HEER se refiere a ella como Carta Magna de la Universidad de París. Op. cit., p. 272.

24 Ibid., p. 275.

"Las fechas que suelen asignarse al nacimiento de las primeras Universidades no indican, como es natural, sus verdaderos comienzos. Sólo señalan el reconocimiento oficial de ellas. Cuando decimos que Alfonso VIII de Castilla fundó el Estudio General de Palencia en 1212, Alfonso IX de León el de Salamanca en 1215 y que el de Valladolid se fundó hacia 1260, se entiende que los reyes se apresuraron a favorecer estudios ya existentes" [25].

Distinto y excepcional en los primeros tiempos de la Universidad es el caso de Toulouse, que es la primera universidad pontificia, fundada en 1229 para la lucha intelectual contra los cátaros [26]; y el de Lérida, cuya fundación parece deberse enteramente al rey don Jaime II de Aragón [27].

Según el Código de las Siete Partidas (1256 a 1263 ó 1265) [28] el Estudio General sólo podía ser fundado "por mandato de Papa, Emperador o Rey". Esta situación legal no se modificó hasta la primera mitad del siglo XVI, con el Real Patronato o Patronazgo: "La Universidad pasaba por dos etapas reglamentarias: se iniciaba como Real y continuaba como Pontificia. La Universidad Real se creaba mediante una Real Cédula, y adquiría desde ese momento la categoría de pública y nacional **(Studium generale respectu regni)**. Cuando recibía confirmación institucional por Bula o Breve, quedaba transformada en Universidad Real y Pontificia **(Studium generale)**, con valor académico ecuménico, pudiendo sus graduados enseñar en cualquier Universidad **(jus ubique docendi)**" [29].

De este modo, la Célula Real de fundación de la Universidad de la Ciudad de los Reyes [30], dada por Carlos V el 12 de mayo de 1551, otorga "los privilegios, franquezas y excepciones que tiene, y goza el Estudio de la dicha Ciudad de Salaman-

---

25 JIMENEZ, Alberto ... Op. cit., p. 43.
26 HEER, Friedrich ... Op. cit., p. 278.
27 JIMENEZ, Alberto ... Op. cit., p. 44.
28 Cfr. MINGUIJON, Salvador ... Historia del Derecho Español.— Barcelona, Ed. Labor S. A., 1953.— Pp. 90 y ss.
29 VALCARCEL, Daniel ... San Marcos, Universidad Decana de América.— Lima, 1968.— P. 9.
30 Sólo en 1574 tomó el nombre de San Marcos, elegido por sorteo.

ca". La ratificación eclesiástica otorgada por Pío V a través del Breve **"Exponi Nobis"**, dado en Roma el 25 de julio de 1571, concede "idénticos privilegios, indultos, gracias, inmunidades y excenciones como los concedidos y concedidas a la Universidad mencionada o sea el Estudio Salmantino" . . . [31].

La primera reforma universitaria peruana, iniciada por el Claustro en 1571 ("Constituciones de la Universidad que por cédula de su m. está fundada en ". . . etc.) fue completada por el virrey Toledo en 1578 y 1581 ("Constituciones y Ordenanzas de la Universidad y Studio General de la ciudad de los Reyes del Piru").

Estas Constituciones dadas por Toledo rigieron, con adiciones, hasta el primer gobierno de Castilla, salvo el breve lapso comprendido entre 1584 y 1586 (Constituciones del virrey Martín Henríquez).

Las revisiones y ampliaciones a la obra de Toledo se suceden, siempre bajo el poder virreynal: Constituciones Añadidas (publicadas en 1624), Relación de Leyes de los Reynos de las Indias (1680), Constituciones y Ordenanzas Antiguas, Añadidas y Modernas de la Real Universidad y Estudio General de San Marcos de la Ciudad de los Reyes del Perú (1735), Constituciones Nuevas (1771), Reglamento (1816).

Durante el gobierno de Castilla el Reglamento de Instrucción Pública (1850) y su complementación (1855) rigen el rol de las Facultades y los requisitos universitarios. El posterior Reglamento universitario de 1861, impuesto luego de un serio conflicto entre la Universidad y el gobierno, es especialmente interesante por las opiniones que lo respaldaron: la Universidad no es independiente del Poder Público, la Instrucción es considerada "desde el descubrimiento de las Américas", como un ramo de la Administración Pública. Resoluciones de Mariano Ignacio Prado (1866) y Pedro Diez Canseco (1868) fijan las Facultades básicas de la época moderna de San Marcos. El decreto supremo de José Balta (1871) las altera. Luego, el Reglamento de la Instrucción Pública (1876) que norma a San Mar-

---

31 VALCARCEL, Daniel . . . Op. cit., pp. 13 y ss. y 26.

cos y las Universidades Menores, el Reglamento de Instrucción Pública (1884) y el Reglamento General de Instrucción Pública (1886), "completan el panorama normativo del siglo XIX" [32].

En el presente siglo se suceden la Ley Orgánica de 1901, la Ley Orgánica de Enseñanza de 1920 (Nº 4004), el Estatuto Universitario de 1928 (autorizado por Ley Nº 6041), el Estatuto Provisorio para la Universidad de San Marcos de 1931 (D. L. Nº 7029), el Decreto de clausura de 1932, el Estatuto Universitario de 1935 (autorizado por Ley Nº 7824), la Ley Orgánica de Educación de 1941 (Nº 9359), el Nuevo Estatuto Universitario o Carta Constitutiva de la Universidad Peruana de 1946 (Ley Nº 10555), el Decreto Ley de supresión del cogobierno de 1949 (Nº 11003) y su ampliatorio del mismo año (Nº 11015), la Ley Universitaria de 1960 (Nº 13417), la Ley Orgánica de la Universidad Peruana de 1969 (D. L. Nº 17437). y sus modificaciones (Decretos Leyes Nos. 17706, 17757 y 17833 de 1969; 18112 de 1970; 19245 de 1971). Y actualmente la ley General de Educación (D. L. Nº 19326).

Puede observarse claramente que el régimen jurídico de la Universidad, salvo en sus primeros años, que representan principalmente un proceso social "puro", ha sido siempre especial. Siempre ha existido y existe una legislación excepcional para normar las relaciones propias de la Universidad. Esa legislación especial es evidente que se ha movido dentro de parámetros de derecho público, pertenecientes al derecho público eclesiástico o al derecho público estatal.

Paralelamente cabe observar que dicho régimen jurídico es uno de los exponentes más claros de la mutabilidad [33] del derecho público, cuya explicación se apoya en un imperativo de perfeccionamiento en el servicio.

---

32 Para información más detallada cfr. VALCARCEL, Daniel ... Op. cit., pp. 63 y ss., a quien seguimos principalmente; SANCHEZ, Luis Alberto, LOAYZA, Luis Aurelio y SAAVEDRA PINON, Reynaldo ... Breve Noticia de la Fundación y Transformaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (1866-1918), Universidad Nacional Mayor de San Marcos.— Lima, 1966.— Pp. 10 y ss.; EGUIGUREN, Luis Antonio.— La Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

33 Es claro que dicha mutabilidad no es absoluta y que su carácter es más bien instrumental al bien común. Cabe, pues, el reconocimiento, siempre sujeto al interés general, de derechos adquiridos. Cfr. Ley General de Educación, D. L. Nº 19326, art. 372.

6.4.1.4.

d) **Gestor.**— La actividad desplegada es actividad de alguien. El gestor es el sujeto agente de la prestación. En este sentido, el agente puede ser el Estado (teoría clásica del servicio público) o también una persona de derecho privado (concepto moderno), o ambos, paralela o conjuntamente. SARRIA señala que

> "el ideal en materia tan compleja sería el reconocimiento por la ley de las actividades de servicio público, cualquiera sea el gestor. Un estatuto de carácter general que permita a los gobernantes, mediante un proceso serio hacer la respectiva declaración. Este es el sistema científico que las necesidades actuales reclaman, que corresponde a la índole del problema, a la formación del Estado de derecho y a los requerimientos permanentes del progreso social. La falta de ese reconocimiento legal debe suplirse con el concepto doctrinal" [34].

Es el caso de las Universidades peruanas: estas "pueden ser estatales o particulares. Las primeras son personas jurídicas de derecho público interno y las segundas son personas jurídicas de derecho privado **y de servicio público** sin fines de lucro" (D. L. Nº 19326, art. 194). La fórmula no es muy feliz, pues aunque introduce explícitamente la idea del servicio público prestado por una persona de derecho privado (el D. L. anterior Nº 17437 decía: "personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro"; y la Ley Nº 13417: "sujetos de derecho privado"), parece excluir de las Universidades estatales la idea de servicio público. Sin embargo, también parece claro que se trata de un problema de expresión y no de significación.

Pero el derecho administrativo, junto a la noción de servicio público, ha desarrollado la de **establecimiento público**, vinculada a la personalidad del agente.

Para HAURIOU el establecimiento público es un servicio público incorporado al Estado y dotado de personería jurídica, mien-

---

34 SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 90.

tras para DUGUIT "es un servicio público patrimonializado" [35]. FRAGA hace referencia a una organización de servicios en la que concurren la necesidad de preparación técnica y la separación del poder del Estado. La idea de descentralización por servicio es aquí esencial al establecimiento público [36]. CASTRO MARTINEZ afirma el concepto anterior: "un establecimiento público es un servicio público con personería jurídica y autonomía técnica, políticamente dependiente del Estado" [37].

Los conceptos de "persona administrativa descentralizada", de "medios o patrimonio propio" y de "servicio público", son recurrentes en la concepción de los establecimientos públicos [38].

Sin embargo, el concepto de persona descentralizada acusa todavía una connotación estatista. La idea de descentralización, que implica reparto funcional de facultades gubernamentales, ha pasado de una concepción principalmente política a una concepción principalmente administrativa [39] fuertemente vinculada a la estructura estrictamente estatal. Pero, como hemos visto, la teoría moderna del servicio público acepta una ultra-descentralización: el agente particular [40]. Evidentemente se trata de una concepción de descentralización fundamentalmente técnica que se proyecta sobre la teoría de los establecimientos públicos.

De este modo, la idea central de establecimiento público es la de "servicio público personificado". Personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, creación legal (derivada del régimen jurídico de derecho público propio de los servicios públicos), son variables constitutivas [41].

---

35 DUIGUIT, León ... Op. cit., T. II, p. 61.

36 FRAGA, Gabino ... Derecho Administrativo.— México, Ed. Porrúa, 1944.— P. 491.

37 CASTRO MARTINEZ, José Joaquín ... Tratado de Derecho Administrativo.— 1950.— P. 157.

38 Cfr. OSORIO ISAZA, Luis Camilo ... Op. cit., pp. 87 y ss.

39 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de Derecho Administrativo.— Montevideo, 1953.— T. I, pp. 204 y ss

40 Respecto de las doctrinas del "Estado-gendarme" y del "Estado-providencia" en relación con los servicios públicos cfr. SERRA ROJAS, Andrés... Op. cit., pp. 129 y ss

Servicios públicos con gestor particular, cfr. ibid., pp. 136 y ss .

41 NUÑEZ BORJA se adscribe a la tesis de HAURIOU que define los establecimientos públicos como dispensadores de "servicios especiales", "a ciertos sectores de la población que se encuentran en el caso de necesitarlos".

6.4.1.5.

e) **Adecuación de los medios.**—En la teoría del servicio público algunos autores se refieren a elementos de orden económico. La necesidad de **medios económicos adecuados** es explicable si se piensa en una organización que debe asegurar la continuidad y la calidad del servicio prestado. Ya se vincule este aspecto con el gestor o con la actividad propia de la prestación, la adecuación de los medios debe ser prevista. Si junto a este factor se considera la gratuidad o el bajo precio de la prestación (el servicio público excluye la idea de lucro), que está directamente vinculada con la generalidad del servicio (consecuencia de la generalidad de la necesidad), se advertirá que el aspecto financiación cobra especial importancia.

Se ha señalado que para que haya servicio público se requiere que la iniciativa privada sea incapaz de asegurar a la colectividad la prestación exigida, por razón de su alto costo o de las elevadas inversiones que requiere. Así, los servicios se convertirían en públicos cuando su costo sobrepasara permanentemente a sus productos [42].

Sin embargo los modernos servicios industriales y comerciales cuya finalidad, no lucrativa, puede dirigirse a la regulación del mercado, no requieren necesariamente el mencionado desequilibrio.

Pero en el campo propio de la educación, y específicamente de la Universidad, el costo de "producción", o funcionamiento, rebasa inevitablemente los ingresos provenientes de los usuarios directos. Amén de las cuantiosas inversiones necesarias.

Usamos el término usuarios directos porque indirectamente toda la sociedad es beneficaria o usuaria de los servicios de la Universidad. Debemos anotar, además, que desde un punto de vista más general e integrador, el costo de la enseñanza resulta

---

NUÑEZ BORJA, Humberto ... Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú.— Lima, 1959.— P. 123. Respecto del análisis crítico de esta tesis cfr. ALVAREZ-GENDIN, Sabino ... Op. cit., pp. 268 y ss.

42 Cfr. la tesis de LAUFENBURGER, citado por SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 83.

una de las inversiones sociales más altamente productivas en términos de desarrollo, como lo ha demostrado la política educativa norteamericana.

El carácter financieramente deficitario de la actividad universitaria, ha llevado a muchos a creer que sólo el Estado puede sostenerla económicamente y que, por lo tanto, las Universidades deben ser estatales.

Creemos que, en efecto, resulta sumamente difícil la financiación particular total de una verdadera institución universitaria, lo que parece llevar inevitablemente a la figura del "servicio público subvencionado" por el Estado; pero no a la estatización de la Universidad.

La problemática propia de la financiación de la educación superior viene sufriendo una creciente complejidad. Los conceptos de costo y producto educativos van extendiéndose hasta la inclusión de costos indirectos tales como el representado por el número de horas-hombre dedicadas a los estudios o como el producto económico derivado de la investigación y aun de la estimulación académica de la creatividad. Junto a los conceptos de costos y producto individuales y sociales, directos e indirectos, se ha destacado el concepto de la educación como "potenciadora" económica individual y la consiguiente idea de la devolución del esfuerzo social disfrutado por el estudiante, en términos de servicio (económicamente valorable) y monetarios.

En el campo de los recursos, la financiación educativa, y especialmente la universitaria, ha excedido las clásicas fuentes privadas y estatales. Hoy no puede dejar de tenerse encuenta, especialmente en el mundo subdesarrollado, el papel de los recursos internacionales.

Este es uno de los campos vinculados a la Universidad que hoy son materia de mayor preocupación y estudio.

6.4.2.

¿Qué **consecuencias** se derivan de lo dicho?

6.4.2.1.

La primera consecuencia de nuestro análisis se refiere a la Universidad en tanto función. La Universidad como actividad intencional, como prestación específica compleja dirigida a satisfacer un interés público, protegida y vertebrada por un régimen jurídico especial, constituye un **servicio público** en sentido formal y material, de acuerdo con lo esencial de los desarrollos propios del derecho administrativo.

6.4.2.2.

Una segunda consecuencia se refiere a la Universidad en tanto persona jurídica institucional. La Universidad como organización destinada a la prestación de un servicio público, constituyé lo que el derecho administrativo ha denominado **establecimiento público** [43].

6.4.2.3.

Las anteriores precisiones respecto del ser jurídico de la Universidad se aplican tanto a las Universidades llamadas estatales — "personas jurídicas de derecho público"— como a las Universidades particulares —"personas jurídicas de derecho privado"— [44], pues donde existe la misma razón existe el mismo de-

---

43 Podría objetarse, sin embargo, que no es necesario extender el concepto de establecimiento público hasta el gestor particular (universidades particulares) porque en derecho administrativo existe la figura de los "establecimientos de utilidad pública" (cfr. ALVAREZ-GENDIN, Sabino ... Op. cit., pp. 285 y ss.).

Baste recordar que estos entes "no rigen un servicio público" (Ibid., p. 285), que han sido elevado al rango de auxiliares de la administración pública (Loc. cit. Además NUÑEZ BORJA, Humberto ... Op. cit., p. 127) y que "no son exclusivamente de interés general, sino que existiendo ese interés hay otro a veces lucrativo, de caracter particular" (ALVAREZ-GENDIN, Sabino ... Op. cit., p. 285).

Las Universidades particulares no pueden tener fin lucrativo (D. L. Nº 19326, art.. 194). Además, su naturaleza no lo admite.

44 Cfr. D. L. Nº 19326, art. 319.

recho. La Universidad es sustancialmente autónoma, de modo que su "personalidad pública" o "privada" no afecta su naturaleza unitaria. La dicotomía de Universidades estatales y particulares, en el Perú, obedece a una tradición jurídico-positiva y a que la procedencia estatal de los recursos económicos requiere controles especiales, ambos factores insuficientes para fundamentar una naturaleza diversa [45].

En este sentido, vale observar que la autonomía aleja a las llamadas "Universidades estatales" de la sujeción al poder gubernamental, más de lo que el interés público acerca a las llamadas "Universidades particulares" a la dependencia del poder estatal, pues como dice JULIAN MARIAS, "lo público no es sólo el Estado" [46].

6.4.2.4.

Una cuarta consecuencia se refiere a la naturaleza pública de la Universidad. Si en verdad la Universidad no es ni estatal, ni particular ¿qué es entonces? Es claro que la Universidad, aunque nace por un proceso social espontáneo, pronto resulta relevante para el orden jurídico, no como fenómeno habitual, como hecho jurígeno "reconocible" y clasificable dentro del marco referencial del derecho positivo, sino como fenómeno específico digno de ordenamiento propio, adecuado a su personalidad institucional y a su significación social. La institucionalización de la Universidad se continúa en un proceso de juridización vinculado al poder público, eclesiástico o estatal. Sin embargo esta vinculación tiende a reconocer un alto grado de autonomía. No se trata, pues, de sujeción al poder omnímodo, ni a la dominación

---

45 Al respecto es importante y significativo el Plan Bienal 1973-1974 del Sector Educación (Lima, 1973). En su apartado 4.4.0. referente a los Programas de Operación de los Organismos Públicos Descentralizados, sub-tema 4.4.1., Sistema de la Universidad Peruana, dice: "El programa Universidades Nacionales y Particulares, se considera en forma global **dado que desarrollan las mismas acciones y tienden a los mismos objetivos"** (subrayado nuestro).

Sobre Universidades y organismos públicos descentralizados cfr. infra 6.4.2.5.

46 MARIAS, Julián ... La Universidad, Realidad Problemática.— Santiago de Chile, Ed. Cruz del Sur, 1953.— P. 29.

política del gobierno o de la Iglesia. Se trata de sujeción al poder formal y no al poder material, de sujeción al **cómo** y no al **qué.** La juridización de la Universidad no nace como limitación, sino como protección. Su vinculación primigenia con el poder público es de garantía y no de dominación. Bajo el estilo de la época, el poder concede "privilegios y excenciones" a la Universidad, no en atención a la calidad de las personas, sino en función de la naturaleza de las cosas: la actividad universitaria no interesa sólo a sus integrantes, es un interés ligado a la supervivencia de la racionalidad individual y grupal. No es, sin duda, el único procedimiento para conseguir ese fin; pero es una realidad existencial adecuada a una necesidad fundamental, y más aquí de lo trascendental, es una respuesta a la necesidad de capacitación para la vida social y en especial para el trabajo complejo y de servicio. La vitalidad de su origen y la naturaleza indomeñable de la inteligencia hacen difícil absorber a la nueva institución hasta estatizarla. Resulta más eficaz "publicizarla", conferirle privilegios propios de la función pública. Así, el poder público reconoce **una función también pública** ajena a su estructura política concreta, ajena a su tendencia centralizante y totalizante: la "impúdica curiosidad" del intelecto.

Históricamente, la Carta Magna inglesa (1215) es contemporánea de la bula **Parens scientiarum** (1213) de la Universidad de París y posterior a los privilegios concedidos por el Emperador Federico Barbarroja (1158) a la Universidad de Bolonia. Precisamente el papado, que se había opuesto enérgicamente a la Carta Magna [47], limita considerablemente la jurisdicción del canciller y del obispo sobre la Universidad de París. Esto, en época de lucha de la Iglesia Romana contra el protectorado imperial (iniciada en el siglo XI por Gregorio VII y continuada sistemáticamente hasta los siglos XII y XIII), en época de afirmación de la tesis de que la Iglesia Romana era la única sucesora legítima del Imperio Romano y el Papa, sucesor del Emperador [48]. Es decir, cuando la tendencia es afirmar el poder temporal pú-

47 Cfr. HEER, Friedrich ... Op. cit., pp. 272 y 367; PIJOAN, J. ... Historia del Mundo.— Barcelona, Salvat, 1930.— T. III, p. 376.

48 Cfr. HEER, Friedrich ... Op. cit., pp. 359 y ss.

blico, tanto el Papa como el Emperador **objetivamente** limitan el poder del aparato eclesiástico y del gubernamental en favor de ese especial estilo de vida de la Universidad: su autonomía, afirmada en una cierta inmunidad.

Es cierto que durante los desarrollos posteriores de la Universidad, ésta sufrirá incomprensiones y usurpaciones por parte del poder, que intentará instrumentalizarla ideológicamente; pero lo que es invariable es el tratamiento jurídico especial propio del derecho público positivo.

A este respecto, señalamos lo dicho anteriormente. El régimen especial de la Universidad se origina en su naturaleza especial: servicio específico **sui géneris**, necesario a la comunidad y proceso histórico-social fundamentalmente libre. Servicio, necesidad pública y libertad son elementos del régimen jurídico universitario; los dos primeros, ligados al legítimo interés público manifestado a través del derecho público: el último, ligado a la idea de independencia, de autonomía, de excepción frente al Estado, entendido éste como poder o gobierno. Es en este sentido que **la Universidad es esencialmente fenómeno público, pero "no estatal"** [49].

---

49 El legislador no habría dejado de percibir este hecho. La ley Nº 13417 atribuyó a la Pontificia Universidad Católcia del Perú "carácter nacional" (art. 79).

Más allá de su propia clasificación en Universidades "del Estado" y "Particulares", dicha ley introdujo lo que llamó carácter nacional y que, a nuestro juicio, no quiere decir otra cosa que **carácter público**, es decir, con esta expresión quiso referirse a un carácter común con las Universidades estatales. Posteriormente el D. L. Nº 17437 interpretó ese "carácter nacional" como "categoría de Universidad estatal, para los efectos de otorgar títulos profesionales y grados académicos" (art. 168).

Observamos también que el art. 7 de la ley Nº 13417 señalaba que "los grados académicos y los títulos profesionales otorgados por las Universidades se confieren a nombre de la Nación". Igualmente la vigente Ley General de Educación (D. L. Nº 19326) señala que las Universidades otorgarán los títulos, que la propia ley menciona, "a nombre de la Nación" (art. 163). El legislador no ha prescrito conferir grados y títulos a nombre del Estado. Tanto las Universidales estatales como las particulares los confieren a nombre de la Nación. Esto parece denotar la conciencia de un factor público no necesariamente estatal.

6.4.2.5.

En resumen, la Universidad es un **servicio público** prestado por una **persona pública** esencialmente **autónoma,** independientemente de que su fundación real provenga de iniciativa particular o del Estado y de que el ejercicio de su capacidad esté sujeto a un procedimiento o a otro. Esto la liga profundamente al hacer y al suceder de la sociedad en que se inserta; pero la preserva del tributo o de la caución al poder circunstante.

No es sin embargo, la Universidad, un servicio público personalizado cualquiera. Un colegio, un hospital, tiene un campo claramente limitado y circunscrito de acción. No es éste el caso de la Universidad. Funciones tales como la enseñanza, la investigación, la promoción cultural, la proyección social y la producción de bienes y prestación de servicios (Cfr. D. L. Nº 19326, art. 195) o principios como "la acción social sin fines de lucro al servicio del desarrollo integral del país, del bien colectivo y del logro de una sociedad justa" y como "la autonomía que implica el derecho de gobernarse, orientar sus estudios y actividades, elegir su personal y administrar sus recursos con sujeción a las leyes de la República y al régimen normativo universitario" (Cfr. art. 170), más que limitar **"ilimitan"** el campo de acción universitaria.

Tampoco a nivel de los organismos públicos descentralizados encontramos homogeneidad. La legislación peruana es especialmente ilustrativa: las leyes que han establecido la reforma de la estructura del sector público, al tratar sobre los organismos públicos descentralizados señalan expresamente que éstos están sujetos a la política general del Sector a que pertenecen "sin perjuicio de reconocer (les) un grado mayor o menor de autonomía según los casos" [50]. La única excepción es la

---

50 Cfr.. los siguientes Decretos Leyes:

Nº 17271, Reforma de la Estructura del Sector Público, 5º y 6º considerandos, arts 4 y 20.

Nº 17567, Organismos Públicos Descentralizados.

Nº 17521, Ley Orgánica de Hacienda, arts 9 y 31. Cfr. además D.L. Nº 17703.

Nº 17523, Ley Orgánica del Sector Salud, art. 21.

Nº 17524, Ley Orgánica de Trabajo (ha omitido un dispositivo expreso sobre sujeción a la política del Sector pero claramente lo supone), art. 24.

Ley Orgánica del Sector Educación (D. L. Nº 17522), que señala a las **Universidades estatales como organismos públicos descentralizados correspondientes al Sector Educación** (art. 31); pero a diferencia de los casos anteriores: a) no señala expresamente sujeción a la política del sector; b) se limita a establecer la finalidad de las Universidades (con una amplitud semejante a la Ley General de Educación, cfr. art. 32 y D. L. Nº 19326, arts. 170 y 195); c) al referirse a las normas de relación de las Universidades **nacionales** (sic. art. 33) con el Ministerio de Educación, señala que son "las que fijan la Constitución, legislación y reglamentación respectivas" [51].

Ello demuestra que la sujeción al Sector tampoco es tácita, lo que concuerda con el reconocimiento de **"un grado mayor de autonomía** según los casos", que ya hemos mencionado (D. L. Nº 17271, 6º considerando). La clasificación dentro de los organismos públicos descentralizados, obedece básicamente a una mentalidad sistematizadora y al deseo de vincular a la Universidad con la realidad social y política. Pero la realidad de la autonomía universitaria, configura **un tipo de organismo heterogéneo respecto de los demás.**

La simple comparación de los otros organismos públicos descentralizados con las Universidades muestra una clara diferencia a nivel de la naturaleza de las cosas, que afirma el perfil de una personalidad jurídica especial.

Una vez más, resulta sumamente difícil de justificar, en orden a la naturaleza de las cosas, la diferencia jurídico-positiva

---

Nº 17525, Ley Orgánica del Sector Industria y Comercio, arts. 29 y 18.

Nº 17526, Ley Orgánica del Sector Transportes y Comunicaciones, arts. 22 y 17.

Nº 17527, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas, arts. 28 y 17.

Nº 17528, Ley Orgánica del Sector Vivienda, arts. 23 y 17.

Nº 17533, Ley Orgánica del Sector Agricultura, arts. 22 y 17.

Nº 17532, Ley Orgánica de la Presidencia de la República, art. 27.

Nº 18121, Ley Orgánica del Sector Pesquero, arts. 2, 3, 16 y ss. Además Ds. Ls. Nos. 18212 y 18745.

51 Esta referencia sería ociosa si no significara una afirmación de la necesidad de desingularizar a la Universidad peruana, respecto del resto del país, Esto coincide con la Ley General de Educación, art. 70, inc. f), que vincula la Universidad con la demanda social, el desarrollo nacional, el cambio estructural y el perfeccionamiento permanente de la sociedad peruana. Por lo demás, la misma referencia afirma un alto grado de autonomía.

entre Universidades estatales y Universidades particulares. De un lado las elevadas funciones de la Universidad les son comunes; de otro, las Universidades estatales son organismos públicos descentralizados autónomos, no sujetos a la política del Sector, es decir, con la misma autonomía y autarquía que tácitamente se estaría reconociendo a las Universidades particulares. El contralor superior del poder central, que es condición de toda descentralización administrativa, tampoco parece suficiente fundamento para la diferenciación, especialmente si se considera la frecuente y casi inevitable subvención estatal a las Universidades particulares.

Otro factor diferenciante, respecto de los demás servicios o establecimientos públicos, está dado por la especial forma de prestar sus servicios a los estudiantes, a quienes es impropio denominar "usuarios". El usuario directo o indirecto de los servicios públicos ordinarios permanece ajeno a ellos mismos, su actividad no es parte del servicio, "consume" pero no "produce" dentro de la estructura del servicio público personificado. En el caso de los servicios ordinarios, el usuario se define por el ejercicio de un derecho de exigir la prestación a partir de la existencia del servicio. La Universidad, en cambio, incorpora, "asimila" al "usuario", le confiere derechos, pero le impone obligaciones y responsabilidades vinculadas a la esencia misma de la impropiamente llamada "prestación". Más que una prestación definida que brindar a alguien, la Universidad es un quehacer común que puede definirse como un tejido de interacciones en el cual el cumplimiento de las finalidades individuales de sus miembros está directamente sujeto al cumplimiento de las finalidades sociales. Precisamente, en el resultado de esas interacciones está su mejor servicio y su naturaleza **sui géneris.**

CAPITULO 7

EL ESTUDIANTE: CAPACIDAD JURIDICA

7.1.

El análisis del fenómeno matrícula universitaria nos ha presentado dos sujetos: frente a la Universidad, el estudiante; frente al sujeto colectivo, el sujeto individual; frente a la institución, el ser humano; frente a la persona jurídica compleja, la persona jurídica simple; frente al servicio público, el "usuario". Hemos estudiado a la Universidad como sujeto, nos toca ahora estudiar "el genio y figura" jurídicos del estudiante.

Las significaciones implicadas en su existencia y en su definición estructural frente al profesor y frente a la ciencia, son de tal manera capitales a la idea misma de Universidad, que ORTEGA Y GASSET no pudo menos que pensar la Universidad como "proyección institucional del estudiante" [1]. De otro lado, la naturaleza de su cometido lo presenta con un carácter social y cultural peculiar, que BOURDIEU y PASSERON señalan agudamente:

> "Hay que aceptarlo como es: para el estudiante, hacer, es siempre hacerse. Tan sólo la persuación retórica puede hacer olvidar lo que es constitutivo de la definición misma del cometido de estudiante: estudiar no es crear, sino crearse; estudiar no es crear una cultura y, menos aún, crear una cultura nueva, sino crearse, en el mejor de los casos, como creador de cultura o, en la mayoría de los casos, como utilizador o transmisor enterado de una cultura crea-

1 ORTEGA Y GASSET, José ... Misión de la Universidad.— Madrid, Rev de Occ., 1960.— P. 33.

da por otros —es decir, como profesor o como especialista—. En términos generales, estudiar no es producir sino producirse como capaz de producir" [2].

El carácter "preparatorio" del elemento estudiantil, su renovada y permanente juventud, la transitoriedad de sus componentes individuales [3] y su actitud predominantemente teorizante, lo vinculan íntima y directamente con la idea de fin. Se es estudiante universitario "para", para realizar una idea, para alcanzar un fin. El status-persona de estudiante no es un estado permanente al que se aspire por él mismo y que tenga una significación de compromiso estable o definitivo. El estudiante está, real y formalmente, en construcción; por eso mismo su compromiso con la realidad es muy limitado, por eso enarbola la bandera de la imaginación y no la de la experiencia. El conglomerado estudiantil es un conjunto permanente de elementos transitorios ligados a la empresa universitaria por un lapso tan largo como la consecución de sus objetivos lo requiera. Sin embargo, como ya lo hemos dicho, difícilmente podrían diferenciarse sus intereses de los de su **alma mater.** Por ello, en la misma medida en que sus intereses se individualicen y personalicen, su relación con la Universidad se desplazará de la integración hacia la oposición de intereses. Pero su relación con la Universidad es también relación jurídica.

En consecuencia es necesario estudiar su personalidad jurídica, capaz de ser "opuesta" a la de la Universidad en el acto jurídico y en sus consecuencias.

---

2 BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean-Claude ... Los Estudiantes y la Cultura.— Barcelona, Ed. Labor S. A., 1967.— P. 86.

3 "Dicho en otras palabras, el estudiante no tiene —ni puede tener— otra tarea que la de trabajar por su desaparición como estudiante. Lo que supone que debe asumirse como estudiante y como estudiante en transición; trabajar en su propia desaparición como estudiante sería, pues, trabajar por la desaparición del profesor como profesor, amparándose en aquello por lo que éste es profesor y ayudado a ello por el profesor quien asumiría la tarea de preparar su desaparición como profesor. Huelga señalar que la mistificación por excelencia consiste en negarse mágicamente como estudiante negando al profesor como profesor mediante la utopía de la participación en la creación de la cultura; esto es, creer abolirse como estudiante cuando no se hace sino negarse a ser estudiante sin imponerse la paciencia y el trabajo de la negación". Loc. cit.

7.2.

Ante todo, el estudiante es siempre una persona individual, física. No es posible que una persona jurídica compleja, que una institución asuma su situación. Las exigencias de su actividad y la naturaleza del proceso educativo excluyen, por ejemplo, a las asociaciones del **status** de estudiante universitario. Esto es importante por sus consecuencias sobre la matrícula como relación entre un individuo y una Universidad.

7.3.

La personalidad jurídica del estudiante en cuanto sujeto de derechos y obligaciones en general es obvia, puesto que ésta se adquiere con el nacimiento (art. 1 del C. C.). Es la capacidad implicada la que requiere algunas precisiones.

7.3.1.

Es preciso recordar que la capacidad de goce o potencialidad de ser sujeto de derechos subjetivos, que pertenece a todo ser humano, debe distinguirse del goce efectivo o actual de esos derechos, algunos de los cuales son ciertamente naturales e inalienables [4]. Porque respecto de la Universidad cabe preguntarse quiénes pueden ser estudiantes, es decir, quiénes pueden gozar de los derechos y obligaciones implicados en el **status** estudiantil.

Del mismo modo, respecto de la capacidad de obrar o de ejercicio hay que preguntarse quiénes pueden ejercerla respecto de la matrícula o acto de incorporación a una Universidad.

Con referencia al primer problema, ¿quiénes pueden ser estudiantes?, es claro que no todos pueden serlo, no basta la voluntad, es necesario reunir ciertos requisitos específicos. Los

---

4 Cfr. ROTONDI, Mario ... Instituciones de Derecho Privado.— P. 156.

estudios universitarios suelen caracterizarse como "estudios superiores" o del más alto nivel, lo que lógicamente implica haber satisfecho etapas anteriores [5]. El supuesto es que no existe o no debe existir solución de continuidad entre los estudios de los ciclos educativos anteriores y los de la Universidad, de allí que la ley señale con frecuencia expresamente el requisito de haber culminado aquellos para poder continuar con éstos [6]. Pero dada la circunstancia de una elevada desproporción real entre el número de vacantes (que en resumidas cuentas expresa la capacidad física y docente de las Universidades) [7] y el número de solicitantes (que expresa la demanda social del servicio), la ley o los reglamentos, suelen imponer otros requisitos o condiciones [8]. Estos requisitos y condiciones suelen tender a seleccionar a los más aptos para el quehacer universitario (principio de economía educativa). Entre todos los solicitantes que han acreditado a través de años de trabajo intelectual un mínimo de la preparación básica que la sociedad les ha brindado (cada uno en su propia circunstancia), la Universidad selecciona la mejor potencialidad o aptitud para su quehacer específico, el cual viene siendo esencialmente intelectual [9].

---

5 Según la Ley General de Educación, D. L. Nº 19326, los estudios universitarios corresponden al Segundo y Tercer ciclos de Educación Superior.

6 El régimen legal anterior, D.L. Nº 17437, art. 96, establecía el requisito de haber aprobado la Educación Secundaria; el actual, D. L. Nº 19326. art. 156, exige el título de Bachiller Profesional.

7 Cfr. D. L. Nº 19326, art. 157.

8 El D. L. Nº 17437, art. 96, reconoció otros posibles requisitos reglamentarios y un "concurso de selección" (apoyado en una larga tradición de exámenes de ingreso), el que, como es natural, "debe organizarse independientemente de cualquier consideración de tipo económico, político, social o religioso del postulante".

El D. L. Nº 19326, art. 156, admite también otros posibles requisitos estatutarios y reglamentarios "teniendo en cuenta preferentemente los resultados de la evaluación integral realizada en el primer ciclo de la Educación Superior":

9 Ya nos hemos referido a la intelectualización de la Universidad moderna en detrimento de una formación humana integral, intelectualización que, por lo demás, responde a uno de los caracteres predominantes del Occidente moderno. Al respecto es ilustrativo el siguiente párrafo de JOACHIM SCHICKEL respecto de la lengua (implicada la cultura) china, en el que, en parte, cita a KU HUNG-MING:

> "Para comprender el chino escrito y sobre todo si se trata del chino más cultivado, debe desarrollarse armoniosamente toda la

La necesidad de cualificaciones especiales, relega la capacidad de goce de los derechos subjetivos de estudiante universitaro, a un grupo de la población que en nuestros países en vías de desarrollo es considerablemente reducido, no por la existencia de otras opciones educativas o profesionales sino por haber podido concluir el ciclo escolar y aun por haber podido desarrollar psico-somáticamente en forma normal. Teóricamente la educación está abierta a todos; pero realmente lo está preponderantemente para quien puede permanecer económicamente improductivo y dependiente por largo tiempo. La reforma educativa vigente tiende a remediar este problema abriendo los estudios, en modalidades especiales, al trabajador. Aunque, además, existen programas valiosos de ayuda económica al estudiante universitario (becas, préstamos, pensiones diferenciadas, etc.), éstos son indudablemente insuficientes. La solución sólo parece posible a través de un largo proceso de cambio estructural y valorativo de la sociedad, en el que junto a la habilitación básica de todos y al encauzamiento de aptitudes hacia otros campos no universitarios, la Universidad acoja no sólo el talento que pudo llegar hasta sus puertas gracias a un apoyo económico eventual, sino todo auténtico talento que opte su camino.

Pero la capacidad de goce de estos derechos específicos de estudiante, solo se actualiza a través de un conjunto de condiciones previas y, con frecuencia, de una prue-

---

naturaleza del hombre, el corazón y el pensamiento, el alma y el entendimiento.
Las personas que han recibido una educación europea moderna consideran que el chino es particularmente difícil, porque esta educación no desarrolla fundamentalmente más que una parte de la naturaleza humana, el entendimiento. El chino es una lengua profunda, mientras que la educación europea moderna, más orientada hacia lo cuantitativo que hacia lo cualitativo, está destinada a formar a las personas **superficialmente**. Incluso el chino vulgar resulta dificultoso para estas personas que tienen una formación media, y de ellas se ha dicho lo que dijera una vez la Biblia sobre los hombres ricos, que es más fácil hacer pasar un camello por el ojo de una aguja que hacer comprender el chino antiguo, clásico, precisamente porque esta lengua está destinada exclusivamente a las personas **realmente cultivadas**".

SCHICKEL, Joachim ... China: Revolución en la Literatura.— Barcelona, Barral Ed., 1971.— Pp. 23 y 24

ba concreta de madurez y preparación personal: el concurso de admisión. En las actuales circunstancias, quien logra ubicar su rendimiento dentro del **númerus clausus** u obtiene las calificaciones requeridas adquiere, en la respectiva Universidad, el derecho de llegar a ser estudiante universitario a través de la matrícula.

En resumen, todo peruano tiene la potencialidad jurídica de superar los niveles educativos "previos". Quien los supera, actualiza esa potencia, actualización que a su vez significa la potencialidad de "ingresar" a la Universidad. La actualización de esta potencia significa asimismo la capacidad de gozar efectivamente del **status** estudiantil a través de la matrícula.

7.3.2.

Pero la matrícula es un acto jurígeno, sus efectos son relaciones de nauraleza jurídica. Matricularse significa actuar jurídicamente y actuar jurídicamente supone capacidad de ejercicio. Corresponde, pues, preguntarnos ahora por la capacidad de ejercicio. Más adelante estudiaremos cómo interviene y qué significa en el acto jurídico mismo.

El Derecho sólo declara al individuo capaz de producir por su voluntad efectos jurídicos (capacidad de obrar o de ejercicio) y en especial "de formar voluntariamente las relaciones jurídicas mediante negocios jurídicos, o de responder de los actos ilícitos (responsabilidad, capacidad de imputación), cuando ha alcanzado un cierto grado de madurez" [10], es decir, cuando en el gradual desarrollo psicosomático y social del ser humano éste ha alcanzado, en un grado considerable, las capacidades de pensamiento y de voluntad, de conciencia del deber y de la responsabilidad de los propios actos, supuestos esenciales del Derecho. Este grado de madurez hoy no puede ser determinado directa e individualmente (como en el derecho antiguo

10 ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Tratado de Derecho Civil.— T. I, V. I, p. 355.

y en el derecho islámico, por la pubertad)[11]. Razones de seguridad del tráfico jurídico han llevado a establecer la edad como indicador normalizado de ciertos estadios de desarrollo relevantes para el derecho. Mas no debe olvidarse que lo esencial no es el simple transcurso del tiempo, sino el grado de madurez, la capacidad de discernimiento suficiente sobre la acción y sus consecuencias. La edad objetiva establecida para la adquisición de la plena capacidad de obrar (21 años, art. 8 del C . C.) tiene el carácter de presunción respecto de la capacidad subjetiva e individual. Se trata de una presunción **juris tantum** porque admite prueba en contrario (Art. 9, incs. 2º y 3º, arts. 10 y 11, 555, 575, 583, 584 del C. C.)[12].

Asumidos estos presupuestos, veamos la capacidad de ejercicio del estudiante, según el derecho vigente. Aunque es claro que las edades de los estudiantes varían grandemente, interesa plantear el caso de los menores de 21 años. Por regla general la edad promedio de los que aspiran a matricularse por primera vez en las Universidades fluctúa alrededor de los 18 años, dándose casos aislados de menores hasta de 15 años. Lo que quiere decir que en algunos casos se trata de "absolutamente incapaces" (art. 9, C. C.) y en la mayoría, de "relativamente incapaces" (art. 10, C. C.). Sin embargo, los **menores de 16 años** pueden practicar algunos actos determinados por la ley (arts. 12 y 510 del C. C.). Estos están vinculados en el Código Civil con la adopción (art. 326, inc. 5º), con la adquisición a título gratuito (arts. 511 y 1468), con el ejercicio de una industria (arts. 514, 518, 413, 522, inc. 8º), con el trabajo lucrativo y bienes propios del menor (arts. 518, 415, 401, inc. 6º), con el ejercicio de derechos estrictamente personales, si el menor tiene discernimiento (art. 511 **in fine**), con los actos del tutor (art. 519) y su remoción (art. 547), con el Consejo de Familia (art. 643), con el contrato de trabajo (art. 1572), con el matrimonio de las mujeres de 14 años) (Ley Nº 9181), con la acción de la madre menor

---

11 Cfr. JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang ... Derecho Privado Romano.— P. 125; ENNECERUS, KIPP y WOLFF ... Op. cit., T. I, V. I, p. 355.

12 Los casos del inc. 4º del art. 9 (desaparecidos) y del inc. 7º del art. 555 y su correspondiente art. 587 del C.C. (pena de interdicción civil), no obedecen a inmadurez intelectual, sino a circunstancias especiales.

para que se declare la paternidad del hijo (art. 376), con el daño moral de la madre (art. 370), con la patria potestad de la madre de un hijo ilegítimo (art. 395)[13]. Por lo demás, los menores con discernimiento responden por sus actos ilícitos (arts. 515, 1139 y 1140).

Debemos, pues, entender que la capacidad de los menores para matricularse en una Universidad por sí mismos, de acuerdo con la interpretación sistemática del derecho común vigente, debe estar autorizada por disposición legal específica. Ahora bien, la ley universitaria concede el derecho de acceder a la Universidad sin limitación de edad alguna, lo que nos llevaría a no distinguir donde la ley no distingue. Pero el hecho de que la matrícula haya sido definida como "un acto formal y voluntario" que implica un compromiso, supondría capacidad de discernimiento suficiente.

Conviene, pues, analizar los derechos que confiere la matrícula universitaria, los cuales evidentemente no pueden ejercerse a través de representante por obvias razones derivadas de la peculiar finalidad educativa de la Universidad, y considerar la madurez personal que requieren.

El D. L. Nº 19326 confiere a los alumnos "el derecho y la obligación de participar en las responsabilidades de la marcha de la comunidad universitaria" (art. 187), lo que incluye el derecho de elegir y ser elegido (voto secreto, universal y obligatorio) integrante de los órganos de gobierno universitario (arts. **188, 173** y **175**; también los arts. **360, 361, 364** y **366**). Asimismo el derecho de constituir asociaciones (art. 187).

Análogamente, el D. L. Nº 17437[14], ex-Ley Orgánica de la Universidad Peruana, confería a los alumnos sustancialmente los mismos derechos (arts. **27, 28, 29, 30,** 32, **45,** 55, 59 y 110). Señalaba, además, que la representación estudiantil en la Asamblea Universitaria "tiene la finalidad de prestar su elevada coo-

---

13 Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor ... Derecho Familiar Peruano.— Lima, Ed. del Sol, 1962.— Pp. 201 y ss.; LEON BARANDIARAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.— Pp. 100 y ss.; OLAZABAL F., Leoncio ... Derecho Civil (Nociones Generales.— Personas.— Acto Jurídico).— Cuzco, Ed. Garcilaso, 1961.— Pp. 250 y ss.

14 Modificado por los D. L. Nos. 17706, 17757 y 17833.

peración a la consecución de los fines de la Universidad" (art. 108), lo que además puede afirmarse de la representación en los demás órganos de gobierno universitario.

Baste esta finalidad, que suponía y supone la comprensión de una de las entidades socioculturales más complejas [15] y encierra las funciones más diversas y complicadas, para convenvencernos de que si el estudiante es considerado capaz de participar en ellas, **a fortiori** es considerado capaz de ejercer por sí mismo su derecho a matricularse.

Pero no debe olvidarse que la ley sólo franquea la capacidad de ser representante estudiantil a condición de ser alumno escolarizado en una institución universitaria y de tener un mínimo de dos semestres de estudios universitarios (D. L. Nº 19326, art. 188). La primera condición no tiene nada que ver con las calidades personales del estudiante, la segunda sí. Se trata de asegurar una mayor capacidad real a través de una presunción **juris et de jure.** En cambio, la ley anterior sólo confirió este derecho a estudiantes, además, especialmente calificados (D. L. Nº 17437, art. 108, inc. c). Sin embargo, allí el desarrollo académico no podía interpretarse como índice de madurez para justificar la capacidad jurídica para matricularse, pues ésta se habría producido necesariamente antes. El otro aspecto, el transcurso de un año de estudios sólo indicaría la idea de una progresiva concesión de la capacidad.

El reconocimiento del derecho de elegir representantes por sí mismos y sin limitación alguna en cuanto a la edad y rendimiento, supone ya el reconocimiento de un grado de madurez suficiente en los electores, puesto que sería absurdo que la ley concediese voto a quien considerara incapaz de discernimiento. Y no puede pensarse que el voto de dichos menores sea algo irrelevante, pues su número significa de por sí una fuerza política importante en cada Universidad. Parecería que las circunstancias específicas de nuestra sociedad insuficiente y desequilibradamente desarrollada estuvieran presentes en la **ratio**

---

15 Cfr. su expresión legal en D. L. Nº 19326, especialmente en los arts. 152 a 155, 164, 165, 170, 171 a 179, 189 a 193, 194 a 202.

Cfr. también el D. L. Nº 17437, arts. 1 a 10, 15, 18, 19 a 25, 27, 29, 31, 44, 52 a 61, 62 a 65, 86 a 106, 107 a 111.

misma de la ley: llegar a la Universidad significaría, en términos genéricos la ventaja cultural objetiva de detentar un estado intelectual relativamente más desarrollado que el de buena parte de la población. Pero no debe olvidarse que la madurez supuesta en la capacidad jurídica, exige cierta experiencia de la vida no necesariamente presente en la experiencia académica, por lo menos en la inicial y con frecuencia en la altamente especializada.

En síntesis, todo lleva a interpretar la voluntad de la ley en el sentido de reconocer, inclusive a los menores de 16 años, suficiente capacidad para matricularse por sí mismos en una Universidad.

Sin embargo, creemos que el sistema de "capacidades" adoptado por la ley universitaria, aunque en términos generales coincide con el sistema de reconocimiento escalonado de la capacidad de ejercicio, del Código Civil, podría modificarse y precisarse del siguiente modo:

a) Menores de 18 años: capacidad especial de ejercicio (conferida por ley) para matricularse por sí mismos.

b) Menores de 18 a 20 años: a las capacidades anteriores se agregaría la de votar en las elecciones de representantes estudiantiles.

c) Mayores, de 21 años o más: a las capacidades anteriores se agregaría la de poder ejercer la representación estudiantil ante los órganos de gobierno universitario.

La capacidad para votar en las elecciones de representantes estudiantiles, como hemos señalado, significa el reconocimiento de un grado importante de madurez, que a nuestro juicio debería justificar el mismo cese de la incapacidad previsto por el art. 11 del Código Civil, con la correspondiente asunción de la ciudadanía Dicho criterio implicaría la modificación del art. 11 del Código Civil y la del art. 84 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

Art. 11.— La incapacidad de las personas mayores de 18 años cesa por emancipación, por matrimonio, por ser estudiante

universitario, por haber obtenido título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio.

Art. 84.—Son ciudadanos peruanos, varones y mujeres, mayores de edad y los mayores de 18 años que sean casados, o emancipados, o estudiantes universitarios o hayan obtenido título oficial que los autorice para ejercer una profesión u oficio.

Las modificaciones propuestas, significarían el pleno reconocimiento de que las capacidades necesarias a la participación en el gobierno universitario no son menores que las necesarias al tráfico jurídico normal, y salvarían la actual contradicción de otorgar derechos institucionales y su ejercicio, así como de encomendar funciones indudablemente importantes, en instituciones de la magnitud de las Universidades, a "relativamente incapaces". Desde otro ángulo, significarían un reconocimiento claro y franco de la capacidad de una juventud cuyo rol en la sociedad moderna es cada vez más preponderante. En cambio la situación actual sólo parece indicar que dicho reconocimiento, o es arbitrariamente incompleto o demagógicamente hipertrofiado.

Agreguemos que desde el punto de vista que califica al estudiante como "usuario" de un servicio público, el problema no existe, pues los servicios públicos pueden dispensarse aun a absolutamente incapaces. La dificultad aparece cuando se considera la incoherencia de otorgar derechos y obligaciones que requieren especial madurez personal a sujetos absoluta o relativamente incapaces para el resto de su actividad jurídica.

CAPITULO 8

RELACION CONSTITUTIVA DE LA UNIVERSIDAD: ESTRUCTURA

La Universidad es una estructura de interacción de carácter complejo. Profesor y alumno son términos sólo entendibles en función de la relación que les presta significado. Y esta relación es, sin lugar a duda, constitutiva de la Universidad.

Intentaremos esclarecer el carácter de la relación implicada, a nivel de la génesis profunda del derecho, a nivel de sus fuentes materiales y de sus significaciones básicas.

8.1.

El primer aspecto que estudiaremos se vincula con la organización de la Universidad.

Dentro de la organización de un grupo humano puede distinguirse dos extremos: la organización formal y la organización informal. La formal está constituida por normas y status. En ella las normas y la autoridad van ligadas a los status y no a las personas que los ocupan. En cambio la organización informal se basa en factores personales. Frente a la rigidez de la una, destaca la flexibilidad de la otra [1].

En la Universidad encontramos que junto a la organización formal predominante logra abrirse paso una organización informal. De hecho, las personas se evalúan intrínsecamente más allá de la situación que ocupan y, en ciertas ocasiones, el or-

1 Cfr. BIERSTEDT, Robert ... El Problema de la Autoridad; en Sociología del Poder, antología preparada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.— Santiago de Chile, Ed. A. Bello, 1960.— Pp. 86 y ss.

den de precedencia formal se altera hasta invertirse. Aunque en los grandes grupos secundarios la relación personal "cara a cara" entre sus miembros está fuertemente restringida, y ello reduce la posible influencia de factores personales en la organización, en el caso de las Universidades modernas, las calidades personales de sus miembros cobran especial relieve dentro de la llamada organización informal. Desde el orden informal, un profesor o un alumno, no revestidos de autoridad en el orden de las decisiones políticas pueden tener gran influencia en esas decisiones, a través de artículos, discursos, el simple comentario, etc. Como estos fenómenos no se producen excepcionalmente, sino con cierta regularidad, puede hablarse de una estructura informal. El hecho parece más explicable por tratarse de una institución en que la creatividad y la inteligencia deben significar valores altamente estimables. Dentro de la estructura informal de la Universidad también deberá incluirse las asociaciones de estudiantes y otros grupos cuya influencia en las decisiones varía, desde la promoción temática hasta la iniciativa concreta y la presión. Salvo planteamientos de grupos extremistas, todavía minoritarios, en la mayoría de casos las iniciativas pueden ser francamente discrepantes de las concepciones dominantes, pero se mantienen dentro de una interpretación, más o menos amplia, del quehacer institucional. Nos preguntamos si la normanización de estas alteraciones fácticas del orden institucional no responde a necesidades vitales de estímulo interior, en orden a la dinamización de lo establecido, cuyos factores de inercia suelen condicionar tiempos de reacción más lentos en los organismos formales, que los tiempos de reacción de los organismos "vitales". No en vano se insiste actualmente en el papel de la imaginación. Del mismo modo que la imaginación es importante elemento de acción en el individuo, es igualmente importante en la acción de la personalidad corporativa universitaria.

El talento personal es, pues, un factor especialmente importante en la estructura de las relaciones universitarias y ello alimenta una organización mixta altamente dinámica.

8.2.

El segundo aspecto de la corporación universitaria que interesa examinar aquí, es el de sus factores comunitarios. Uno de los esquemas mentales más frecuentes en torno a la Universidad es el de "comunidad de maestros y alumnos". Para someterlo a crítica, partiremos de la distinción entre "comunidad" y "sociedad" o "asociación" ("Gemeinschaft" y "Gesellschaft"), formulada como tipología polar por FERDINAND TOENNIES y ampliamente aceptada, aunque sometida a reelaboraciones y afinamientos posteriores. No se trata de una dicotomía referente a entidades ontológicas, sino de tipos ideales concebidos como límite de un **continuum** societal en el que se integran formas estructurales intermedias [2].

Más allá de la especial concepción de TOENNIES sobre la voluntad humana [3], los elementos comunitarios se apoyan en una tendencia o simpatía orgánica que lleva a sentir la relación como natural y necesaria, como un bien en sí misma, sin el interés de la consecución de fines concretos distintos de la propia relación. En cambio los elementos societarios se encuentran vinculados a actos volitivos conscientes de finalidades específicas: la "avenencia", el "principio del **do ut des**" (HENKEL), le son característicos. En la comunidad existe una relación de concordancia basada en vínculos de sangre (parentesco), lugar

---

2 Cfr. MC KINNEY, John C. ... Tipología Constructiva y Teoría Social.— Bnos. Aires, Amorrortu Ed., 1968.— Pp. 115 y ss.; 135 y ss.

3 TOENNIES distingue "la voluntad que incluye el pensamiento y el pensamiento que abarca la voluntad" (TOENNIES, Ferdinand ... Fundamental Concepts of Sociology (Gemeinschaft und Gesellschaft', traducido al inglés por LOOMIS, C. P. ... New York, American Book Co., 1940.— P. 119; citado por MC KINNEY, John C. ... Op. cit., p. 117), denominando a la primera forma "voluntad natural" o "esencial" y a la segunda, "voluntad racional" o "arbitraria". La voluntad natural tiene tres formas simples: gusto, hábito y memoria; la voluntad racional, deliberación, discriminación y concepción. La una se identifica con una tendencia básica, instintiva, orgánica, que impulsa la actividad humana; la otra es la forma de volición deliberada y finalista.

Cfr. TIMASHEFF, Nicholas S. ... La Teoría Sociológica.— P. 129 y ss.; RECASENS SICHES, Luis ...Tratado General de Sociología.— P. 428; CUVILLIER, Armand ... Manual de Sociología.— Pp. 127 y 128; MC KINNEY, John C. ... Op. cit., pp. 117 y 118.

(vecindad) o afectividad (amistad); la sociedad se articula por medio de la convención, la legislación y la opinión pública [4].

En la Universidad encontramos una trayectoria evolutiva de la comunidad hacia la asociación, que, por lo demás, para TOENNIES es común a la historia. Existen indudables diferencias entre la Academia platónica [5], el Liceo aristotélico, la Universidad medieval y la Universidad moderna. La relación dialogal "cara a cara", ha cedido el paso al diálogo "institucionalizado" o reglamentado. La confianza y los sentimientos que unían a maestro y discípulo, difícilmente pueden encontrarse a través de la brecha abierta entre profesor y alumno. Donde la actitud y la acción educadoras envolvían la vida, se ha afirmado el predominio de la formación teórica intelectualista. De la presencia espontánea y natural, se ha pasado a la presencia obligatoria. La aceptación común de una tarea y situación comunes, va convirtiéndose en confrontación y control, y hasta en aceptación formal pero no real. La autoridad basada en experiencia y sabiduría, ha devenido en caracteres político-representativos en orden a garantizar los intereses de las partes. La relación docente básicamente estimada por sí misma, se desplaza hacia una tolerancia, instrumental y provisoria.

Para MAX WEBER no basta "el simple sentimiento" de la situación común y sus consecuencias. **Comunidad** sólo existe propiamente cuando sobre la base de ese sentimiento la acción está recíprocamente **referida** ... y en la medida en que esta

---

4 Cfr. MC KINNEY, John C. ... Op. cit., p. 118.

Cfr. también HENKEL, Heinrich ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— Pp. 342 y ss.

5 La historia esencial de la Universidad no está suficientemente dilucidada. Algunos se refieren a la Academia fundada por PLATON el año 387 a C. como a "la primera universidad europea" (HIRSCHBERGER, Johannes ... Historia de la Filosofía.— T. I, p. 49). Para otros, "si bien la Academia de Platón y más aún el Liceo de Aristóteles en cierto sentido podrían ser considerados como Universidades, y sin duda desempeñaron en su tiempo un papel equivalente, con todo carecían de dos notas típicas de la Universidad, a saber: no fueron corporaciones legalmente establecidas y no tuvieron un carácter de continuidad. La Universidad como institución, con unas finalidades concretas, fundamentalmente adquisición y transmisión del saber, así como preparar a los individuos para desempeñar ciertas funciones en la sociedad, no nace hasta mediados del siglo XIII". FERRER PI, Pedro ... La Universidad a Examen.— Barcelona, Ed. Ariel, 1973.— P. 14.

referencia traduce el sentimiento de formar un todo"[6]. En la Universidad moderna, el sentimiento de situación común y el consecuente sentimiento del todo, se han debilitado progresivamente, aunque no han desaparecido . De modo semejante, MAC IVER y PAGE se refieren a la comunidad como un "ámbito común" y una "conciencia de participación"[7]. Paradógicamente la Universidad de nuestros días, a pesar de su democratización estructural, no logra una verdadera conciencia de participación en sus miembros.

De otro lado, las relaciones involucradas en la Universidad actual se han limitado y especificado hasta ocupar sólo un estrecho sector de la vida de sus integrantes. Asimismo, tal como señala SOROKIN para las relaciones "contractuales"[8], propias de la "sociedad" o "asociación" de TOENNIES, y por oposición a las que denomina relaciones "familísticas", se ha reducido la extensión de la solidaridad, hasta cubrir unos pocos valores vinculados a la institución y a la vida intelectual. "Más allá de este limitado sector de solidaridad, los otros sectores de sus relaciones pueden ser y son a menudo antagónicos o, a lo sumo, neutrales"[9]. Siguiendo el análisis de SOROKIN sobre las relaciones contractuales, puede afirmarse que los miembros de la Universidad "siguen siendo siempre, en cierta medida, extraños y ajenos recíprocamente"[10]. Asimismo, la crisis de autoridad del mundo moderno no podía dejar de reflejarse en la Universidad, donde en sentido contrario al carácter de las comunidades, hoy todo parece conducir a una subordinación formal y provisional de origen transaccional.

Sin embargo, la situación actual de la Universidad tampoco acepta una explicación puramente asociativa. Aunque el sector de solidaridad se haya reducido y tienda a "ser especificado y circunscrito por las partes", no ha llegado a serlo a través de un acto claramente contractual. Asimismo, aunque la

---

6 WEBER, Max ... Economía y Sociedad.— México, F. de C. E., 1964. T. I, p. 34.

7 MAC IVER, R. M. y PAGE, Charles H. ... Sociología.— Pp. 9 y ss.

8 SOROKIN, Pitrim A. ... Sociedad, Cultura y Personalidad.— P. 160.

9 Loc. cit.

10 Ibid., p. 164.

motivación de la solidaridad incluye elementos "intencionales" (realizar unos estudios y conseguir los grados y títulos correspondientes, adquirir prestigio social, etc.), no puede calificársela de "implícitamente egoísta, utilitaria, reforzada y moderada a **menudo** por la motivación normativa legal" [11]. La complejidad de los hechos es tal, que, a pesar de las brechas existentes, no puede negarse una solidaridad básica, reducida y con pocos elementos de la solidaridad puramente "familística" [12], pero difícilmente reductible a un "sobrio cálculo de la ventaja" [13].

Hasta qué punto las actitudes disyuntivas han debilitado a la institución y hasta qué punto se han extendido, es asunto que no está todavía suficientemente dilucidado, a pesar de la ya copiosa bibliografía sobre la materia. La rebeldía estudiantil, cuya historia es larga y compleja ¿significa una fuerza, a fin de cuentas, constructiva o destructiva? La rebelión contra el **establishment**, contra "el sistema", que preconiza una especie de duda metódica, se ha producido precisamente en la Universidad. Pero en ninguno de sus extremos aceptaría una clara "reconstrucción" de la Universidad o de la sociedad global por medio de transacciones de orden contractual. Se trata de "liberarse del orden existente" y no de liberalizarlo [14].

Es posible concluir que las tensiones vigentes pueden: a) condicionar cambios estructurales profundos dentro de un esquema básicamente comunitario; b) mantener el carácter comunitario debilitado de la Universidad actual; c) destruirla; pero no puede sostenerse que al romperse la "intimidad" de la relación, la alternativa llegue a establecer una estructura definitivamente contractual.

La complejidad y la variabilidad de las situaciones, aquí apenas mencionadas, hacen a la Universidad difícilmente integrable en el polo "sociedad" (TOENNIES) y muestran una naturaleza predominantemente comunitaria.

---

11 Ibid., p. 160 (subrayado nuestro).
12 Cfr. ibid., pp. 154 y ss.
13 MC KINNEY, John C. ... Op. cit., p. 128.
14 Cfr. GARRIGO, Andrés ... La Rebeldía Universitaria.— Madrid, Ed. Guadarrama, 1970.— Pp. 31 y ss.; 235 y ss.

8.3.

A continuación estudiaremos la situación de la Universidad dentro de la variable status-contrato.

HENRY SUMNER MAINE, intentó aislar a través de la evolución del derecho, un movimiento jurídico-social generalizado en las "sociedades progresivas", que caracterizó como una transformación fundamental de la situación del individuo "desde el **status** al contrato" [15]. MAINE creía que en el desarrollo del Derecho Romano puede trazarse la decadencia progresiva de la autoridad del padre, fenómeno igualmente atribuible al ejército y a la administración civil romana. En todas las sociedades progresivas vio el transcurso de "la disolución gradual de las dependencias familiares" (cuya organización patriarcal fijaba el destino del individuo) y "el incremento substitutivo de las obligaciones individuales" [16]. La evolución se produce entre la pertenencia a la familia y la personalidad individual plena, entre la situación dada y la construida, entre la limitación natural impuesta y aceptada y la libertad individual. Se habría avanzado, pues, hacia una etapa de vida organizada en que el respeto a los individuos habría implantado el libre acuerdo en las relaciones. "Así es que la posición de esclavo ha desaparecido, biendo sido reemplazada por la relación contractual entre trabajador y empleador" [17]. De tal manera el contrato es signo del derecho moderno para MAINE que explica los casos del hijo menor de edad, del huérfano bajo tutela, del incapaz bajo curatela, cuyas capacidades e incapacidades están reguladas por el derecho de las personas, como sometidas a "control externo por el único motivo de que no poseen la facultad de formarse un juicio certero sobre sus propios intereses; en otras pa-

---

15 MAINE, Henry ... De la Posición Social al Contrato (Extracto de MAINE, Sir Henry ... "Ancient Law".— Dent, 1917.— Pp. 99 y 200), en AUBERT, Vilhelm ... Sociología del Derecho.— Caracas, Ed. Tiempo Nuevo, 1917.— Pp. 29 y 30. Cfr. también MARTINDALE, Don ... La Teoría Sociológica, Naturaleza y Escuelas.— Madrid, Aguilar S. A., 1968.— Pp. 50, 99 y 100.

16 MAINE, Henry ... En op. cit., p. 29.

17 Loc. cit.

labras, de que carecen del primer requisito esencial para celebrar un contrato" [18].

Asimismo GEORGES DAVY ha estudiado cómo en las sociedades arcaicas el derecho es puramente **estatutario**, determinado por la situación o **status** del individuo dentro del grupo y ajeno a todo acto de voluntad de aquellos sobre los que rige. Así, ve "al contrato, nacido del **status**, desprenderse poco a poco, por un proceso de segregación, de la compleja y total red de obligaciones que este **status** le impone a causa ya sea de la familia, ya sea de los cambios de **status** que necesitan las fratrías en su intercambio" [19]. Los lazos estatutarios originariamente son lazos familiares. Por ello los procedimientos primitivos que substituían al contrato (v. gr. la alianza de sangre) trataban de "crear un lazo análogo al lazo familiar", es decir, trataban de lograr un cambio de estado [20].

En relación con los hechos y abstrayendo los aspectos valorativos, la Universidad se presenta como una estructura de papeles situados. La columna vertebral que la articula es la relación profesor-alumno, genéricamente considerada. No se trata de categorías extraídas de un conglomerado de relaciones originadas en la confrontación de intereses. Ambos términos de la relación están constituidos por sistemas de facultades y deberes, derechos y obligaciones, uniforme y previamente establecidos. Las personas se sitúan en uno u otro estado. Se trata de verdaderos papeles o roles sociales compuestos por pautas de orden exclusivamente social y por normas jurídicas. Así las espectativas sociales más importantes sobre su comportamiento se expresan a través de prescripciones y restricciones no individualizadas de carácter coercible.

El margen de libertad para "construir" la relación es prácticamente nulo: las reglas del juego están dadas. Sin embargo, a diferencia de los lazos familiares originarios, la adscrip-

---

18 Ibid., p. 30.

19 DAVY, Georges ... La Foi Jurée, etude sociologique du probl. du contrat.— Travaux de L'Année Sociologique.— Alcan, luego Presses Universitaires de France, 1922.— P. 371; citado por CUVILLIER, Armand ... Op. cit., p. 360.

20 Cfr. CUVILLIER, Armand .. Loc cit

ción requiere un acto volitivo, una declaración de voluntad, aunque a veces el asentimiento dado se base, sin llegar naturalmente a la violencia, en una "coactus volui" [21].

Es conveniente precisar que las normas jurídicas y reglamentarias que integran las situaciones de alumno y profesor no son únicamente las que se refieren de modo directo a ellos [22], sino también las que derivan de los principios rectores de la Universidad [23] y de la organización misma [24].

Todos los derechos y obligaciones que modelan el significado institucional de profesor y alumno, conforman la "situación" o **"status"** correspondiente.

Estos **status** [25] son establecidos legalmente, en sus rasgos básicos por el poder público, mediante procedimientos de derecho público, y completados por medio del poder reglamentario delegado [26].

Sin embargo, se presenta un carácter anómalo. Tanto alumnos como profesores tienen la facultad de promover y participar de decisiones capaces de dar, modificar o suprimir parte de las normas que dibujan la fisonomía jurídica de ambos **status.** Esta facultad es más o menos amplia, según los regímenes universitarios de que se trate [27] y generalmente diferenciada en favor de los profesores.

---

21 Según HAURIOU: "coactus volui, sed volui". HAURIOU, Maurice ... La Teoría de la Institución y de la Fundación.— P. 24.

22 D. L. Nº 19326, arts. 180 a 185 y 186 a 188.

23 Arts. 170, 194, 195.

24 Arts. 171 a 179, 189 a 193, 196 a 202, 152 a 163.

25 Puede distinguirse un doble sistema de **status**: de un lado, los **status-función,** elementos de la estructura organizativa, y de otro, ciertos **status** más comprensivos constantes y subyacentes, ligados fundamentalmente a las calidades personales, a los que puede denominarse **status-persona,** ciertamente no desconectados, de los **status-función.**

26 Cfr. Comisión Estatutaria Nacional (D. L. 19326, art. 339), Asamblea Universitaria Nacional (art. 173), Asambleas Universitarias (art. 199).

27 Cfr. Comisión Estatutaria Nacional (D. L. Nº 19326, arts. 360, 361, 362); Asamblea Universitaria Nacional (art. 173), Consejo Representativo del Sistema Universitario (art. 175), órgano de gobierno de las Universidades (art. 200).

8.4.

RENARD ha discriminado entre institución y contrato, lo que opone la teoría de la institución a la tesis del progreso hacia el contrato, de MAINE.

8.4.1.

Los institucionalistas han delineado la institución con fuertes caracteres comunitarios basados en la interiorización de la idea de empresa. La autoridad y la organización, aunque planificadas racionalmente, en virtud de la compenetración con la idea, resultan aceptadas como algo natural. La estructura se presenta a los miembros con cierto matiz de necesidad pero, en última instancia, siempre resulta secundaria frente a la fuerza casi mística de la idea. La idea es el interés de todos y la búsqueda de su logro colectivo es capaz de explicar y justificar que el criterio de la institución sea la idea de autoridad y sus consiguientes jerarquías y subordinaciones. Como el bien común debe prevalecer sobre los intereses subjetivos, según RENARD, la situación de cada miembro debe ser fijada por un **status** objetivo, inmutable por la propia voluntad, inalienable, intransferible e irrenunciable. El principio organizativo de la institución es el **status** y no el contrato cuyo criterio es la igualdad [28].

"Este principio estatutario no significa, afirma RENARD, que los miembros de la institución estén en calidad de esclavos; quiere únicamente decir que el bien común de la institución tiene que prevalecer sobre los intereses privados y subjetivos de sus miembros individuales". RENARD admite que los miembros de una institución pierden su libertad en cierto grado; pero, en su opinión, ganan en seguridad lo que pierden en libertad. "Los derechos subjetivos —dice— son demasiado rígidos; el dinamismo y adaptabilidad de la institución a nuevas con-

28 RENARD, Georges ... La Theorie de L'institution.— 1930.— Pp. 365 y ss.; citado por BODENHEIMER, Edgar ... Teoría del Derecho.— P. 219.

diciones sociales requiere que la situación de cada miembro se fije por un **status** objetivo que aquel no pueda cambiar por un acto de voluntad" [29].

8.4.2.

Ya hemos estudiado en forma genérica y con cierta amplitud el fenómeno institucional y su manifestación universitaria. Interesa aquí su confrontación con la idea y los elementos contractuales, en orden a dilucidar la naturaleza misma de las relaciones constitutivas de la estructura universitaria. Para ello, analizaremos tres problemas implicados: a) la oposición entre duración y contrato; b) la tensión entre orden y libertad; c) las implicaciones entre contrato y dinámica institucional.

8.4.2.1.

Respecto del primer problema, la escuela institucionalista opone la "idea de duración" a la idea de contrato. Entiende el contrato como transitorio y discontinuo, tan ligado al tiempo como a la vida de quienes lo concluyen. Consecuentemente representa una categoría peligrosa para la idea de duración de las instituciones.

Contrariamente a la propiedad, que es un dominio duradero sobre la cosa, la relación contractual es transitoria [30], lleva en sí misma el germen de su resolución: está desde el principio destinada a extinguirse por el cumplimiento de los deberes de prestación de ambas partes. Inclusive las denominadas "relaciones de obligación duraderas", aquellas que no se agotan en una sola prestación sino que implican una conducta duradera o la realización de prestaciones periódicas "han de estar limitadas de algún modo [31], por cuanto una relación duradera

29 BODENHEIMER, Edgard ... Op. cit., p. 219

30 Cfr. LARENZ, Karl ... Derecho de Obligaciones.— Madrid, Ed. Rev. de D. Priv., 1958.— Tomo I, p. 39.

31 Llevan implícito el momento de la resolución bajo la forma de un derecho de denuncia.

sin posible resolución puede armonizarse con la esencia de una comunidad de carácter fuertemente personalista, pero no en una relación de obligación" [32].

Podría pensarse en **un haz** formado de contratos individuales de existencia temporal diversa, pero "contemporáneos" (no "coetáneos"), capaces de perpetuar y transmitir el **ethos** del grupo, la idea de la institución y, por lo tanto, capaces de penetrar la categoría de la duración, no individualmente sino como estructura.

Pero pronto nos encontraríamos con que los "términos del contrato" tendrían que ser iguales y que, en su momento, tendrían que variar uniformemente, respetando la idea fundamental. Estos términos no podrían ser "negociados" libremente, los contratantes no podrían tener situaciones iguales, ec. Es decir, pronto nos encontraríamos en el campo estatutario.

En resumen, el contrato, como relación estructural básica, es claramente insuficiente para sustentar la duración de las instituciones.

8.4.2.2.

El segundo problema se refiere a la tensión entre orden institucional y libertad.

BODENHEIMER ve en el propósito institucionalista de reemplazar el contrato por el **status** "una recaída en la filosofía del poder" [33].

"La institución, según RENARD, debe ser una estructura autoritaria y jerárquica en la que no queda espacio para los derechos individuales. Va a gobernar una "idea" impersonal que se realiza mediante ciertas "manifestaciones de comunión" dirigidas por los órganos de autoridad..." [34], "... porque no hay en la sociedad una "voluntad colectiva" clara y unánime, salvo si se impone desde arriba por la fuerza de los miembros de aquella" [35].

---

32 LARENZ, Karl ... Op. cit., T. I, p. 41.
33 BODENHEIMER, Edgar ... Op. cit., p. 224.
34 Loc. cit.
35 Ibid., p. 225.

Es, por lo tanto, necesario estudiar el significado de la libertad universitaria y su relación con el orden propio de la institución. Interesa saber si la autonomía es parte estructural y sustancial de la Universidad y cómo se compagina con el orden estatutario.

El profesor HENRI JANE en su informe para la Asociación Internacional de Universidades sobre "La Universidad y las necesidades de la sociedad contemporánea", destara tres rasgos distintivos de la Universidad en su concepción tradicional, que han dejado perdurable impresión en la idea misma de Universidad: universalidad, comunidad, inmunidad [36]. Respecto de la "comunidad" y su lento desplazamiento moderno hacia la "sociedad", ya hemos tratado anteriormente. A continuación estudiaremos la "universalidad" y su vinculación con la "inmunidad" que es manifestación de la "autonomía", la cual, en el fondo, se resuelve en "libertad".

JANE dice de las Universidades: "Ahora mismo y en una ininterrumpida continuidad en el tiempo, aunque con períodos improductivos, se han consagrado a la comunicación, explicación y enseñanza del conocimiento teórico (el **"studium generale"** de la Edad Media), **abarcándolo como un todo"** [37]. Es esta idea de la totalidad del conocimiento, el **"totum"**, lo omnicomprensivo, lo que pretende representar la "universitas" del saber y de la cultura, armada de una **autonomía**, en su origen muy amplia [38]. En este sentido, SCHLEIERMACHER ha incidido en el carácter especial de la Universidad frente al Estado. Lo que une a los hombres voluntariamente dedicados al servicio de la ciencia "es la conciencia de la necesaria unidad de todo el saber, de las leyes y condiciones en que éste surge, de la forma y el sello por los cuales, en realidad, toda percepción, todo

---

36 JANNE, Henri ... Report on The University and Needs of Contemporary Society.— P. 3.

37 Loc. cit.

Respecto de la "universitas" referida a sus integrantes, cfr. FERRER PI, Pedro ...La Universidad a Examen.— P. 14; asimismo HEER, Friedrich ... El Mundo Medieval.— Pp. 265 y ss.

38 Cfr. SCHELER, Max ... Universidad y Universidad Popular (1a. ed. 1921); en la Idea de la Universidad en Alemania, publicación de la Universidad de Montevideo.— Bnos. Aires, Ed. Sudamericana, 1959.— Pp. 346 y 347.

pensamiento, son un auténtico saber"; "ellos buscan precisamente despertar y extender esta conciencia, pues sólo por intermedio de ella es posible lograr la verdad y la seguridad en todos los conocimientos y en todo desarrollo de los mismos" [39]. El carácter mismo del impulso hacia el conocimiento es irrestricto y motivado esencialmente en sí mismo. El Estado, en cambio, "sólo se deja ... convencer y conmover por las utilidades inmediatas de los conocimientos" [40] y, a veces, no excluye cierto sentido ornamental respecto de la ciencia [41].

Esta manera universalista de concebir y tratar el conocimiento humano, está íntimamente conectada con la idea y el ejercicio de la libertad. La autonomía universitaria —"yendo tan lejos como la extraterritorialidad" [42]—, ha significado el reconocimiento de un medio ambiental de libertad, indispensable a una visión integral de la vida y del conocimiento, no limitada por particularismos e intereses parcelarios. Es, pues, explicable que la Universidad napoleónica, privada de toda autonomía, aparezca recortada e instrumentalizada por el establecimiento político-social. De modo semejante, la Universidad soviética, entendida como "factor de producción" y "situada" en el mismo centro del sistema social, incompatible con la idea de autonomía [43], puede ser calificada de institución utilitaria y, por ello mismo, limitada y circunscrita. La actitud contraria, especialmente en los filósofos alemanes (KANT, SCHELLING, FICHTE, STEFFENS, SCHLEIERMACHER, SCHELER, JASPERS, etc.) ha sido hacer de la Universidad el hogar de la "libertad académica" [44]. Esta se encuentra ligada directamente al quehacer universitario porque fundamentalmente la Universidad es, o tiende a ser, "una escuela del arte del uso científico del intelecto" como quería FICHTE, el primer Rector de la Universidad de Berlín, quien precisamente entendió el intelecto como "libre

39 SCHLEIERMACHER, Friedrich ... Pensamientos Ocasionales sobre Universidades en Sentido Alemán, con un apéndice sobre la Erección de una Nueva (esc. 1808); en la Idea de la Universidad en Alemania.— P. 127.

40 Loc. cit.

41 Ibid., p. 129.

42 JANNE, Henri ... Op. cit., p. 3.

43 Ibid., pp. 6 y 7.

44 Cfr. loc. cit.

actividad de concebir". Para él "la ciencia como propiedad e instrumento libres y de infinitas posibilidades de estructuración", hace factible "una aplicación directa a la vida", si se adquiere "con conciencia clara y libre"[45]. Pero es en el pensamiento de JASPERS donde más claramente puede encontrarse la noción de libertad junto a la universalidad del conocimiento y la tarea universitaria. Para JASPERS la universalidad de la nueva ciencia consiste en su "franquía" hacia todas las direcciones, en su apertura a la investigación de todo lo que existe, en su vocación "no a realizar un cosmos, sino a realizar en el universo abierto, la idea de un "cosmos" de los métodos científicos, y de las ciencias en su conexión sistemática"[46]. Precisamente esa "franquía", esa apertura, no es otra cosa que su íntima **libertad.** La libertad de investigar es la libertad de encontrar conclusiones que pueden caber o no dentro de lo establecido. Por eso la Universidad es una corporación autónoma de investigadores y discípulos. "Su vida propia, cuya libertad autoriza el Estado, está originada en la idea imperecedera, una idea supranacional y universal como la de la Iglesia". La libertad de enseñanza con "la única misión de aprenhender la verdad" le pertenece, porque el que en algún lado tenga lugar una incondicional indagación de la verdad **constituye un derecho del hombre como hombre"**[47]. JASPERS enraíza la libertad incondicional de enseñanza con "la libertad de investigar y de pensar, porque éstas están referidas a la comunicación espiritualmente combatiente"[48] y la justifica en su propósito científico, en su vinculación con la verdad. Mas "la verdad constituye una tarea demasiado grande y seria —dice— como para que se le confunda con el contenido acrítico y apasionado de las opiniones sobre los intereses de la existencia del instante presente"[49].

---

45 Cfr. FICHTE, Johan Gottlieb ... Plan Razonado para Erigir en Berlín un Establecimiento de Enseñanza Superior que esté en Conexión Adecuada con una Academia de Ciencias (esc. 1807); en la Idea de la Universidad en Alemania.— Pp. 19 y ss.

46 JASPERS, Karl ... La Idea de la Universidad (1946); en La Idea de la Universidad en Alemania.— P. 399.

47 Ibid., p. 392 (subrayado nuestro).

48 Ibid., p. 511.

49 Ibid., p. 512.

Uno de los motivos más profundos de la **autonomía universitaria,** resulta de la oposición entre su **vocación de universalidad** y cualquier vocación de particularidad. El pensamiento de lo particular, sin la preocupación de su integración en la totalidad del conocimiento, está limitado en sí mismo. La coherencia interna de lo particular, cuando se cierra en sí misma, acarrea todos los peligros de las ideologías. Paradógicamente la libertad, que es principalmente individual, se aloja en una visión abierta pero sistematizable dentro del conocimiento como todo. Pero la Universidad no es sólo pensamiento, es también una empresa, un quehacer. Aquí la razón de que la autonomía no sea sólo libertad de pensamiento; sino de expresión y de organización para el fin. La individualidad de cada Universidad no depende, sin embargo, sólo de su libertad, sino especialmente de su capacidad para crear su propia empresa, para darle un **ethos,** integrable en la idea de Universidad. "El derecho de expresar nuestros pensamientos —dice FROMM— tiene algún significado sólo si somos capaces de tener pensamientos propios" [50]. Asimismo, el derecho a la autonomía universitaria sólo tiene sentido si la institución es capaz de "hacer" su propia empresa.

Pero la empresa universitaria es de tal naturaleza que el ejercicio del "querer saber originario" [51] y el movimiento paralelo de su metodología, necesita no sólo la acción del todo institucional, de la **universitas** en ciertos actos de comunión; sino también, y especialmente, del trabajo intelectual individual y de grupos más pequeños. Consecuentemente la autonomía no es libertad solamente corporativa; sino también libertad individual para sus miembros. La primera no podría entenderse sin la segunda. La libertad a nivel individual es de pensamiento e iniciativa; a nivel corporativo, de acuerdo, organización y acción.

Más allá de las necesidades de seguridad de profesores y estudiantes extranjeros, la verdadera inmunidad y el fuero ob-

---

50 FROMM, Erich ...El Miedo a la Libertad.— Bnos. Aires, Ed. Paidós, 1963.— P. 283.

51 JASPERS, Karl ... Op. cit., p. 393.

tenido por los gremios universitarios de París y Bolonia [52], significan el comienzo de una honrosa tradición en la que la fuerza de la libertad del espíritu ha logrado mantenerse, a pesar de eventuales derrotas y altibajos [53].

Pero junto a la libertad, connatural a la vida y desarrollo del conocimiento, encontramos, en su mismo movimiento, la necesidad de orden. La libertad absoluta es impensable e inefable. Sería pretencioso replantear aquí toda la magnitud del asunto. Trataremos solamente lo que consideramos básico al concepto de orden en la Universidad.

Si la Universidad está centrada en la ciencia [54], debe aceptar las limitaciones de su objeto, que son precisamente condiciones de su validez. "Ciencia —dice JASPERS— es el conocimiento **metódico** cuyo contenido es **coercitivamente cierto y universalmente válido"** [55]. El método científico es el camino para el fin. Y camino significa limitación "natural", sujeción a un orden. La Universidad misma significa **un** modo de aproximación al saber como actividad y como legado de "verdad constituida". El ejercicio mismo de su libertad requiere sujeción a un orden, autolimitación metodológica en aras de la autenticidad. La libertad para saber no tendría sentido alguno si no se cuidara de los resultados. Y buscar con autenticidad es buscar metódica, científicamente. Por esto la libertad académica no es libertad a secas, lleva en sí la idea de orden para el fin.

La idea de empresa universitaria cobra entonces, ni más,

---

52 Cfr. HEER, Friedrich ... Op. cit., pp. 259 y ss.

HEER trata las libertades de que gozaron las corporaciones universitarias. Entre ellas, "es notable que la Universidad medieval no haya impartido a sus estudiantes ninguna educación religiosa, ni los haya tampoco atado desde este punto de vista con medidas coactivas". Ibid., p. 280.

53 Podrá decirse que hay o ha habido Universidades sin autonomía; pero entonces habrá que responder con la frase que ORTEGA Y GASSET usó para la cultura, que "el hombre a veces no tiene manos; pero entonces no es tampoco un hombre, sino un hombre manco".

Cfr. ORTEGA Y GASSET, José ... Misión de la Universidad.— P. 50.

54 Lo cual supone las tareas de enseñanza e investigación tanto en los campos de la cultura y de la ciencia en sentido estricto, como en el de las profesiones intelectuales. Campos, estos últimos, ciertamente diferenciables como propone ORTEGA Y GASSET.

Cfr. op. cit., pp. 37 y ss.

55 JASPERS, Karl ... Op. cit., p. 395.

ni menos, carácter metodológico respecto del fin. Que el fin encierre la idea de búsqueda social del conocimiento, supone que la idea de servicio le pertenece, no como agregado, un saco que se pone o se quita, sino como algo sustancial. La libertad de la corporación y la de los individuos que la componen debe, pues, autolimitarse en función de la idea, para no fracasar. Pero como la Universidad no es empresa individual, sino colectiva, la limitación debe ser exigible y duradera. "Autonomía" es la potestad de darse sus propias normas; pero según "algunas" normas preexistentes o "presupuestos jurídico-políticos" superiores [56]. Dichos presupuestos vinculados a la idea de servicio ínsita en la Universidad, se justifican en virtud de la función estatal, pero limitada ésta por la naturaleza de las cosas [57].

Libertad y orden universitarios son, en conclusión, las dos caras de una misma moneda. La crítica de BODENHEIMER al orden institucionalista del **status,** fijado en función de una "idea" impersonal y a través de "manifestaciones de comunión" dirigidas por la autoridad, no se adecúa a los caracteres específicos de la institución universitaria. En ella la idea es precisamente tarea de la libertad humana. Las "manifestaciones de comunión", de otro lado, no pueden entenderse como fenómeno de masas o asambleas manipuladas. En esto la Universidad ha de cuidarse de la infiltración de estilos y métodos políticos y defender su propio estilo crítico, su método dialogal y conclusivo. Las manifestaciones de comunión universitaria sólo pueden entenderse en torno a la búsqueda libre de la verdad científica. De allí que la discrepancia no rompa, sino fortalezca, la comunidad. La autoridad universitaria, por último, no se legitima a través de signifaciones básicamente cuantitativas sino primordialmente cualitativas. El proceso educativo y de investigación

---

56 Cfr. BIELSA, Rafael ... Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.— Bnos. Aires, Ed. Depalma, 1961.— Pp. 149 y 172.

57 A este respecto hoy se abre paso la idea de un "sistema universitario" coordinado con los organismos de planificación del Estado (autonomía del sistema: D. L. Nº 17437, art. 2, inc. e; Sistema de la Universidad Peruana: D. L. Nº 19326, arts. 171 a 179). Cfr. también PERKINS, James A. ... La Universidad en Transición.— México, UTEHA, 1967.— Pp. 95 y ss.

científica no es posible sin una metodología que precise las diversas funciones que han de ejercer quienes participan en él. Y como en todo sistema funcional, las funciones integrantes se encuentran "naturalmente" jerarquizadas. No es accidental, sino esencial a la vida académica, las diferencias de papeles y de **status** a los que se adscribe a las personas, según sus cualificaciones o capacidad para responder a las espectativas sociales específicas organizadas en torno a la institución. Los conocimientos y la experiencia técnica, el grado de contribución a las funciones comunes, la dedicación y la permanencia, etc., constituyen variables objetivas cuya repercusión en la estructura jerárquica de autoridad no ha podido ser marginada. Orden y libertad, derivados de la "naturaleza de la cosa" misma, del modo de ser específico de la Universidad, fundamentan el modelo "académico" de "democracia funcional" propuesto para la Universidad, frente a los modelos políticos de "autocracia" y "democracia igualitaria" [57a].

Desde otro punto de vista, críticas recientes al modelo o modelos "tradicionales" de Universidad se preguntan si todavía es viable la Universidad [57b], si el ideal de "libertad académica" y el principio de "libertad de investigación y docencia", si la búsqueda idealista del conocimiento y la construcción de la ciencia pura, si la "franquía" o apertura a la universalidad del conocimiento, son todavía válidos frente a las nuevas condiciones sociales y políticas; si esas ideas son capaces de responder a las necesidades del mundo actual o si sólo pueden entenderse en función de las condiciones históricas concretas en que aparecieron y si, por lo tanto, hoy resultan factor de crisis e inadecuación y deben ser sustituidas. Sin embargo, lo que se presenta como negación de la institución universitaria es básicamente un repudio de los vacíos, desviaciones o inercias existenciales de la Universidad. La insularidad social o cultural y la desconexión respecto de los procesos concretos de la realidad no son consecuencias de la "libertad académica", sino de las limitacio-

---

57a Cfr. VILLORO, Luis ... El Régimen Legal y La Idea de la Universidad.— México, UNAM, Deslinde Nº 2, 1972.— P. 4.

57b Cfr. GOLDSMIDT, Dietrich y FUNK, Sibylle ... ¿Todavía es viable la Universidad? Caso de Alemania Occidental.— México, UNAM, Deslinde Nº 35, 1973.

nes humanas o de la patología institucional. La afirmación de la Universidad como servicio cultural y de su conexión con los alto sintereses del Estado promotor del bien común integral, no excluye la afirmación de "esas libertades agradablemente arcaicas" (HABERMANS), entre las que debe incluirse otra dimensión de la "libertad académica": la del estudiante, para determinar por sí mismo, dentro de límites razonables, cuándo, cómo, dónde y qué materias estudiará.

De este modo, la libertad excluye el valor anarquizante que algunos quieren ver en ella y cobra una dimensión integradora distinta de la concertación de intereses predominante en el contrato.

8.4.2.3.

Nos queda analizar la compatibilidad o incompatibilidad entre contrato y dinámica institucional.

La vida no es totalmente previsible: ya hemos dicho que la idea de empresa no desarrolla, sino que "es desarrollada" por acción consciente, pero que también "sucede"; y que junto a la organización formal, existe una organización informal. El ejercicio mismo de las funciones previstas encierra un complejo de actos y sucesos no previstos. Así, los actos del poder universitario son marcadamente susceptibles de ser puestos en cuestión y el orden univeristario real parece basar su legitimidad, no sólo en decisiones de la autoridad constituida y representativa, sino también en su apertura a la cuestionabilidad, que es la traducción política de la franquía a investigar todo lo existente de que nos habla JASPERS respecto de la ciencia. La Universidad, en tanto es metodología social del conocimiento (de su conservación, producción y transmisión), traduce el carácter dinámico y la interpersonalidad libre y pública de la ciencia, en cuanto "objetividad social o institucionalmente organizada"[57c], así como la provisionalidad de su metodología.

57c Cfr. POPPER, Karl ... La Sociedad Abierta y sus Enemigos.— Bnos. Aires, Paidós, 1967.— T. II, pp. 294 y ss.

A esto debe agregarse la profunda interacción entre la Universidad y la sociedad que la incluye. La autonomía universitaria, que es libertad, no significa aislamiento, insularidad, respecto de la sociedad y sus procesos. La libertad universitaria no es una simple extensión de la libertad individual o una absolutización de la voluntad, es una forma de concebir la libertad de manera colectiva. Se trata de "libertad-para", no de libertad a secas. La Universidad es un servicio público libre para construir los caminos de un mejor servicio a la comunidad y a la humanidad. No se trata, pues, de libertad para el libre juego de intereses; es libertad para contribuir al bien común. No sólo al bien común de sus miembros, sino principalmente al de la totalidad.

La naturaleza pública y de servicio de la Universidad la liga y la compromete con la sociedad, no accidental sino esencialmente. La actividad intelectual propia de la Universidad se proyecta sobre la problemática social, cuando adapta su estructura y su campo de acción a las nuevas necesidades de una sociedad que cambia vertiginosamente.

La apertura y flexibilidad académica de las modernas Universidades norteamericanas y soviéticas parece demostrar que en nuestros días "no hay límites para la utilización potencial del saber y de la investigación sistemáticos" [58]. Es indudable que la Universidad ha cambiado condicionada socialmente por un mundo en transformación, cuyas exigencias no es posible ni deseable ignorar. Algunas Universidades modernas "han desarrollado funciones claramente diferenciadas de investigación pura y aplicada, y han fomentado a la vez la educación intelectual y científica, y una preparación profesional de características eminentemente prácticas" [59]. Sin embargo, contra algunos temores, "no es cierto que la extensión del trabajo científico haya conducido a un descenso en su nivel. El grupo

---

58 Cfr. BEN-DAVID, Joseph y ZLOCZOWER, Awrahan ... Universidades y Sistemas Académicos en las Sociedades Modernas; en la Universidad en Transformación.— Barcelona, Ed. Seix Barral S.A., 1966.— P. 71.

BEN DAVID y ZLOCZOWER se refieren a la inclusión, dentro de las Universidades, de las más variadas ramas de la ciencia y la tecnología; no a la autonomía universitaria.

59 Loc. cit.

seleccionado de científicos puros que trabajan en sus propios problemas no ha desaparecido ni en los Estados Unidos ni en la Unión Soviética, sino que, por el contrario, se ha extendido y desarrollado mucho más que en otros países" [60].

La Universidad latinoamericana también ha sufrido transformaciones, en el afán común de mejorar el servicio intelectual y educativo que presta.

Es indudable que la Reforma de Córdova fue un estimulador del cambio. Cuando en 1918 sus estudiantes escribieron: "hemos proclamado una cosa estupenda en esta ciudad del medioevo: el año 1918" [61], iniciaban la revolución de un régimen considerado anacrónico, ineficaz y decadente. No atacan la idea de la Universidad, entienden defenderla: "la autoridad, en un hogar de estudiantes, no se ejercita mandando, sino sugiriendo y amando: **enseñando**" [62]; atacan una "autoridad universitaria, tiránica y obsecada, que ve en cada petición un agravio y en cada pensamiento una semilla de rebelión" [63]; sostienen que "sino existe una vinculación espiritual entre el que enseña y el que aprende, toda enseñanza es hostil y de consiguiente infecunda. Toda la educación es una larga obra de amor a los que aprenden" [64]. La crítica apunta también a resultados dudosos y métodos inadecuados o insuficientes. Se ataca las toxinas, en defensa de la idea primigenia.

El poder de la Universidad es fundamentalmente el poder de la palabra. El cambio sobrevino incontenible: "Resultaría ingenuo negarlo. Por de pronto dejemos sentado que desde 1918 hasta la fecha han sido reformados los planes de estudio y la organización de todas las universidades del país" (Argentina) [65].

---

60 Ibid., p. 73.

61 Cable de los estudiantes de Córdova a la Federación Universitaria Argentina.

Cfr. FEDERACION UNIVERSITARIA ARGENTINA (Varios) ... La Reforma Universitaria, 1918-1958.— Bnos. Aires, 1959.— P. 33.

62 La Juventud Argentina de Córdova a los Hombres Libres de Sudamérica (Manifiesto del 21 de junio de 1918). Ibid., pp. 23 y ss.

63 Loc. cit.

64 Loc. cit.

65 MAY ZUBIRIA, Jorge ... La Organización Universitaria y los Trabajadores; en La Reforma Universitaria (1918-1958).— P. 151; cfr. también PALACIOS, Alfredo L. ... La Universidad Nueva.— Bnos Aires, M. Gleizer Ed., 1957.— Pp. 43 y ss.

"Desde la Reforma Universitaria, las universidades crecen en número de estudiantes; aumentan sus asignaturas sobre temas actuales y nacionales; dan vida a seminarios y conversatorios; renuevan su cuerpo de profesores gracias a la temporalidad de las cátedras; se vinculan con la colectividad extra-universitaria; fomentan universidades populares; adquieren un acento social más intenso que antes" [66].

El segundo movimiento corresponde al Perú. Los estudiantes de San Marcos proclamaron los principios de Córdova en mayo de 1919. "Fue al comienzo una reacción violenta contra profesores arcaicos, que repetían literalmente sus lecciones, que no admitían objeciones ni preguntas, que desaperecían del claustro apenas acababan de dictar su última palabra de clase" [67].

Aquí también encontramos una defensa de la Universidad, del estilo comunitario, de la autenticidad de la idea y de la empresa. Los errores circunstanciales no deben empañar el significado de los propósitos. La Universidad como método, como régimen concreto de estrategias para la consecución del mejor servicio, como tejido de facultades y deberes establecidos, para la realización de objetivos y metas actualizadoras de la idea, lleva en su propósito mismo el germen del cambio.

Y el cambio se expresa en la introducción de carreras tecnológicas, en la investigación aplicada, en la organización de la corporación, en la extensión de sus funciones hasta la "producción de bienes y prestación de servicios" [68]. Asimismo se ha generalizado la comprensión de actividades de "proyección social" y "promoción cultural" hasta considerarlas legalmente como funciones de la Universidad (D. L. Nº 19326, art. 195). Estamos viviendo una época de agudización de la conciencia social de la Universidad y, por consiguiente, de su actitud crítica.

---

66 SANCHEZ, Luis Alberto ... La Universidad Actual y la Rebelión Juvenil.— Bnos. Aires, Ed. Losada, 1969.— P. 65.

67 Ibid. p. 66.

68 Ley General de Educación, D. L. Nº 19326, art. 195. En la expresión legal, "prestación de servicios" lleva un sentido específico que diferencia estos "servicios" del servicio que es en sí la Universidad.

Estos hechos reflejan una interacción cuantitativa y cualitativamente creciente entre la Universidad y la sociedad global, que ha condicionado una clara aceleración del cambio institucional.

Sólo los elementos del orden incluidos en la idea misma de Universidad, **deben** subsistir. El resto de la organización es instrumental a la idea y, por lo tanto, no es inmutable ni permanente. Los cambios sucesivos son reformulaciones metodológicas de la empresa, basadas, en última instancia, en el imperativo propio de los servicios públicos de mejorar y optimizar sus prestaciones.

De este modo, la organización de facultades y deberes, lo que parecía ser los contenidos contractuales de la institución, se resuelve en "estado actual" o "estatuto actual", que equivale a "provisional". Ahora bien, los **status** provisionales encierran una considerable parte de derechos y obligaciones de profesores, alumnos y personal administrativo.

Inclusive las situaciones más estables, vinculadas a las calidades personales, sufren hoy cambios importantes. Las nuevas corrientes pedagógicas tienden a diferenciar menos las tareas de profesor y alumno: la tendencia a reducir la "clase magistral" y convertirla en tarea de seminario y estudio dirigido, recoge la ruptura del **"magister dixit"**, cada vez más profunda en la nueva Universidad. La vertiginosa progresión y ramificación de las ciencias y la tecnología, el aceleramiento del ritmo de cambio social, la cuasi-ubicuidad proporcionada por la técnica de las comunicaciones, han convertido al magister en otro atareado estudiante. Muchas veces, la especialización le ha hecho perder la universalidad de la cultura reduciendo su capacidad de guía a campos sumamente circunscritos [69] y, por

69 Ya el 16 de enero de 1872, NIETZCHE en su primera conferencia sobre el porvenir de la Universidad alemana, decía: "Hemos llegado a un punto que, en todos los problemas generales de carácter serio, sobre todo en los problemas filosóficos más importantes, el hombre de ciencia (se refiere al especializado, al "explotado" en beneficio de una ciencia) tiene que callar". En cambio —continúa— el periodismo cree encontrar su tema en estos problemas, el periódico, ocupa el lugar de la cátedra como manifestación de dos corrientes dañinas, el ensanchamiento y el debilitamiento de la cultura. NIETZSCHE, Federico ... El Porvenir de Nuestros Establecimientos de Enseñanza, en la Idea de la Universidad en Alemania.— Pp. 242 y 243.

ello mismo, en algo ajenos a la multiplicidad de la vida vivida por los otros estudiantes, los alumnos. La investigación tampoco es tarea reservada al profesor, pues cada vez se hace más difícilmente posible fuera del equipo de trabajo, que no tiene por qué no estar integrado también por estudiantes-alumnos.

Los estudiantes-profesores tampoco escapan a la evaluación de su tarea. La evaluación de la docencia y los docentes es casi un lugar común, en ocasiones, con participación estudiantil. Las diferencias actuales del status-persona "profesor", se basan principalmente en los derechos y obligaciones derivados de: a) la guía para el aprendizaje de una "materia" y su evaluación; b) la precedencia en el dominio de un campo de conocimiento y una mayor (aunque discutida) experiencia: derechos y obligaciones que se traducen políticamente en una pre eminencia sobre los alumnos en la composición de organismos colegiados y en la exclusividad de ciertos cargos; c) la actividad docente entendida como servicios personales prestados, es decir, como trabajo productivo actual (mientras la tarea de los alumnos se entiende como trabajo potencialmente productivo).

Otro status-persona que ha devenido indispensable a la idea de empresa universitaria es el de administrador. Al haber girado la Universidad del campo de las relaciones familísticas hacia la estructura compleja de los grupos secundarios, las tareas administrativas han desarrollado una entidad propia. Suele señalarse a profesores y alumnos como elementos de la Universidad, y ello parece excluir inadvertida o intencionalmente a la administración.

En el mismo sentido ORTEGA Y GASSET alude a la desconexión del especialista con su tiempo:

"El carácter catastrófico de la situación presente europea se debe a que el inglés medio, el francés medio, el alemán medio son **incultos,** no poseen el sistema vital de ideas sobre el mundo y el hombre correspondientes al tiempo. Ese personaje medio es el nuevo bárbaro retrasado con respecto a su época, arcaico y primitivo en comparación con la terrible actualidad y fecha de sus problemas. Este nuevo bárbaro es principalmente el profesional, más sabio que nunca, pero más inculto también, el ingeniero, el médico, el abogado, el científico".

ORTEGA Y GASSET, José ... Op. cit., p. 18.

"Sin embargo la Universidad moderna, "desarrollista" o "revolucionaria", es impensable sin una sólida y racionalizada administración. La continuidad, la planificación y la adaptación al vertiginoso cambio social o la promoción de dicho cambio, difícilmente puede concebirse sin equipos dedicados intensivamente a las tareas administrativas. Es verdad que dichas tareas tampoco pueden ser entregadas sin grave riesgo de desnaturalizar la Universidad a administradores o técnicos neutros desde el punto de vista académico. La Universidad es esencialmente tarea académica y humana y una de sus grandes dificultades estriba en encontrar administradores con calidades académicas, educadores capaces de pulsar y afinar los instrumentos administrativos, de dirección" [70].

Estas condiciones necesarias al administrador universitario acortan su distancia con el profesor [71]; sin embargo ambos **status** no deben confundirse, pues encierran técnicas y estilos diversos suficientemente identificables dentro de la idea de empresa universitaria. Si aceptamos una simplificación metodológica, puede afirmarse que el profesor representa la **idea** mientras

---

70 LLERENA QUEVEDO, Rogelio ... Informe para la Delegación Permanente del Perú ante la UNESCO.— Lima, 1968.— P. 7.

71 El D.L. Nº 17437, Ley Orgánica de la Universidad Peruana, parecía traducir esta idea; pero allí acortar la distancia fue identificar. Algunas Direcciones Universitarias (Arts. 46, 48 y 50, modificado por D.L. Nº 17833) identifican profesorado y adminstración (Art 49): se hace del profesor un administrador sin más requisito "administrativo" que "haber demostrado interés en la promoción del área que se le encomienda" (Art. 48, inc. c, modificado por D.L. Nº 17706). La identificación de profesor con administrador ha significado cortar el nudo gordiano; pero no resolver el problema. Administración y docencia implican **dedicaciones distintas** y modos distintos de encarar los asuntos empresariales de la Universidad. Que las grandes decisiones finales de la Universidad supongan una preeminencia del sector académico es natural y deseable; pero debe reconocerse la entidad propia de la administración como **status** ligado a especiales capacidades personales, tanto como el profesorado.

PERKINS, Rector de la Universidad de Cornell, dice:

"En la universidad hay, para todos nosotros, nuevas reglas de juego. Una de las más importantes es que el viejo antagonismo entre el cuerpo docente y la administración debe reconocerse como un reflejo arcaico de un concepto anticuado de la universidad. Las líneas divisorias entre el maestro y el administrador serán cada día más borrosas, y el rango será menos importante que la posesión de visión, alcance e imaginación creativa para comprender cómo debe cambiar y crecer la universidad si ha de representar el papel adecuado".

PERKINS, James A. ... Op. cit. p. 133.

el administrador representa la **empresa;** el uno, los elementos ideales, el otro, los **reales;** el primero se inclina hacia el "principio del placer", el otro, hacia el "principio de la realidad" [72]; el profesor es el filósofo, el administrador es el economista. Por eso, acercar ambos estilos de vida y de pensamiento hasta simplemente confundirlos, representa una profunda incomprensión de la realidad respecto de las instituciones universitarias actuales.

Queda por examinar el status-persona de graduado. Su vigencia real es variable. En la Universidad peruana de hoy los graduados representan más un principio teórico que una participación real. Representan cierta continuidad del espíritu del grupo y la proyección de la Universidad en la sociedad exterior [73]. Su **status,** pues, está ligado originariamente a una condición personal.

Los cuatro grandes status-persona de la Universidad, y su devenir, más que una forma de organización, representan una forma de integración institucional derivada **naturalmente** de la idea misma de la empresa universitaria. A ellos, en lo que de permanente tienen, se encuentra ligado el aspecto estatutario de la Universidad presente.

---

72 Es claro que la comparación no puede agotarse. Nos referimos a una **tónica general** dentro de ambos conceptos, a partir del pensamiento de MARCUSE, para quien "el principio de la realidad (en oposición al principio del placer) se materializa en un sistema de instituciones".

Cfr. MARCUSE, Herbert ... Eros y Civilización.— Barcelona, Ed. Seix Barral, S. A., 1968.— Pp. 25 y ss.

El profesor suele cerrarse en la coherencia de **su** propio mundo y en la espontaneidad "natural" de sus ideas. En este sentido su **acción** institucional, aunque ciertamente racional, es más **"instintiva"** o coherente con sus necesidades ideales. El administrador es un realista, tiende al pragmatismo porque sus decisiones **habitualmente** afectan la vida y no sólo hipótesis o sistemas ideales. Las decisiones del administrador son más elaboradas en función de la circunstancia real, del caso, y por ello menos espontáneas y en ocasiones menos idealmente coherentes: significan un predominio del principio de la realidad. Para el profesor, como en el fondo para todo intelectual, su trabajo es "gozo", un "juego"; para el administrador, el trabajo y hasta el "juego" son principalmente un trabajo.

73 Cabe destacar que esta última idea se encuentra implícitamente en el art. 116 del D. L. Nº 17437, derogado por la actual Ley General de Educación, D. L. Nº 19326, la cual en su formulación diferencia graduados y comunidad exterior.

Hasta aquí la Universidad se nos muestra como una institución altamente dinámica. El cambio puede sobrevenirle desde fuera, a través del régimen jurídico de derecho público, o gestarse dentro en ejercicio de la autonomía . En ningún caso puede entenderse estos fenómenos como independientes, pues la Universidad se encuentra ligada a su "habitat" social.

Es claro que un régimen contractual posee caracteres de rigidez peligrosos para el interés público de un servicio cuya estructura puede devenir insuficientemente eficaz u obsoleta. Si cada vez que fuere necesario modificar las situaciones jurídicas de sus integrantes hubiera que respetar todos los intereses y derechos creados individuales o conseguir nuevos acuerdos contractuales la institución se vería obstruida en el mejor cumplimiento de sus fines. Si, contrariamente, entendemos que la situación jurídica de la parte individual, puede ser alterada unilateralmente en interés común y de un modo uniforme, hemos vuelto a salir de la esfera del contrato hacia el campo estatutario. Si HAURIOU ha podido decir que la voluntad coactada es voluntad, con el mismo derecho podría decirse que es coacción. Por lo tanto la permanencia, en la institución, no puede interpretarse como aceptación tácita de la renovación de los términos contractuales o transformación del contrato.

8.4.3.

El análisis de la estructura de relación constitutiva de la Universidad a través de tipologías polares, comunidad-sociedad (TOENNIES), relaciones familísticas-relaciones contractuales (SOROKIN), status-contrato (MAINE) e institución-contrato (RENARD) [74], nos ha revelado la permanencia de los caracteres estatutarios de la Universidad. Asimismo nos ha mostrado que los elementos contractuales no son integrables en un modelo ins-

74 RENARD presenta ambos conceptos como opuestos; pero pueden concebirse como extremos de un **continuum.**

titucional puro. Pero, si bien las tipologías pueden ser polares, la realidad no suele serlo.

A través del análisis, hemos descubierto algunos caracteres coexistentes propios de las relaciones contractuales. Dichos caracteres contractuales, sin embargo, aparecen como síntomas de relajamiento o crisis de la Universidad, en tanto empresa común situada más allá de los simples intereses personales; o como agregados existenciales de un fenómeno social que deviene entre seres humanos.

CAPITULO 9

LA RELACION JURIDICA ESTUDIANTE-UNIVERSIDAD

9.1.

SERRA ROJAS señala que "como un criterio general debemos rechazar la aplicación del derecho privado a las relaciones en las que predomina el interés público" [1]. Es explicable que, en un principio el joven derecho administrativo buscara en la experiencia y la analogía con otras ramas del Derecho la solución a sus problemas. Pero al evolucionar de una "abigarrada multitud de leyes inconexas" hacia una sistematización conceptual y legal cada día más armónica, definida e indispensable para la vida social, "tan finamente pensada como el código civil" (JELLINEK), ha venido creando y afirmando principios, teorías y conclusiones propias [2].

Si bien es cierto que la dicotomía derecho público-derecho privado encierra una enorme dificultad teórica, cuyo intento de dilucidación ha producido una nutrida gama de teorías [3] que van desde la denominada teoría romana del interés puesto en juego [4], hasta la concepción de una especie de categorías **a priori** de la razón jurídica [5] y la negación de la antítesis [6], también

---

1 SERRA ROJAS, Andrés ... Derecho Administrativo.— P. 151. En el mismo sentido cfr. SARRIA, Eustorgio ... Derecho Administrativo.— Pp. 18 y ss.

2 SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 145 y ss.

3 J. HOLLINGER, El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado, expone 104 teorías.

Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo ... Introducción al Estudio del Derecho.— P. 133.

4 Cfr. ibid., pp. 131 y ss.; LEGAZ LACAMBRA, Luis ... Filosofía del Derecho.— Pp. 344 y ss.; BIELSA, Rafael ... Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal.— Bnos. Aires, 1952.— Pp. 50 y ss.

5 Cfr. RADBRUCH, Gustav ... Introducción a la Filosofía del Derecho.— P. 90.

6 Cfr. KELSEN, Hans ... Teoría General del Estado.— México, Ed. Nacional, 1951.— Pp. 105 y ss.

..."es indudable que el derecho público comprende: a) todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de las diversas entidades estatales; b) la regulación de ciertas actividades de interés colectivo, entre las cuales principalmente aquellas que realizan **las entidades que merecen el nombre de personas públicas no estatales"** [7].

De otro lado, es claro que es más difícil precisar en qué consiste el interés privado jurídicamente protegido, pues el interés público, precisamente en razón de su generalidad, es más fácilmente aprehensible [8]. Por ello, no cabe duda de que los dos campos anteriormente señalados por SAYAGUES LASO constituyen, no solamente el objeto del derecho público, sino parte importante del interés público mismo [9].

De esto se siguen dos consecuencias:

a) por regla general, las relaciones en que predomina el interés público deben ser comprendidas y normadas por el derecho público y no por aplicaciones o extrapolaciones del derecho privado;

b) **a fortiori,** las relaciones **propias** de la Universidad deben circunscribirse a las coordenadas del derecho público y no extrapolares por medio de instituciones del derecho privado.

Cabe señalar, sin embargo, que el derecho público es una categoría jurídica que involucra varias ramas del Derecho.

De otro lado, ya hemos visto que la actividad de las Universidades consiste en la prestación compleja de un servicio pú-

---

7 SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de Derecho Administrativo.— T. I, p. 20 (subrayado nuestro).

8 Mientras lo público comparte con la norma jurídica el carácter de generalidad, lo privado se "publiciza" al recibir la protección genérica del Derecho. De otro lado, hoy "no aparece claramente delimitado el campo propio del **derecho privado"** (SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 17).

9 Esta afirmación, si bien es cercana a la teoría del interés, no la implica pues no trata de explicar el discernimiento de la dicotomía derecho público derecho privado. Con un criterio más bien pragmático, requerido por los límites de nuestro estudio, incide solamente en uno de los extremos de la teoría expresada típicamente por ULPIANO.

blico, cuya personalización y descentralización configuran un establecimiento público **sustancialmente no estatal** [10].

La noción de **servicio público** liga la **actividad universitaria al derecho administrativo.** Este es frecuentemente definido en función de los servicios públicos. CAPITANT, LAFERRIERE, ROLLAND y JEZE, coinciden en señalar la organización y funcionamiento de los servicios públicos, como objeto y "piedra angular" (JEZE) del derecho administrativo [11]. DUGUIT agrega que el fundamento del derecho público mismo, no es el derecho subjetivo de mando, sino "la regla de organización y de gestión de los servicios públicos" [12]. Pero aunque el derecho administrativo excediese el campo de los servicios públicos [13], es claro que en tanto no se defina y "autonomice" un verdadero **derecho universitario,** las relaciones jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Universidad corresponden a las categorías del derecho administrativo. Los elementos **sui generis** contenidos en el fenómeno jurídico universitario, podrían presentar dificultades para una categorización administrativa absoluta, en el estado actual de la ciencia del derecho administrativo, y hasta podrían llegar a sustentar la sistematización de una nueva rama del Derecho; pero ciertamente dichos elementos no nos acercan más a otra rama del derecho público, y mucho menos al derecho privado [14].

Ahora bien, la relación jurídica típica **estudiante-universidad,** cuya concreción individual reproduce una situación reglamentaria o estatutaria de orden general, se origina en un acto

---

10 Cfr. supra. Cfr. también SAYAGUES LASO, Enrique ... Op. cit. T. I, pp. 163 y ss.

11 Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 22 y 23.

12 Loc. cit.

Es decir, DUGUIT sustituye el concepto de soberanía, como fundamento del derecho público, por el de "servicio público".

Cfr. SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., p. 126.

13 Cfr. ibid., pp. 130 y ss.

14 SERRA ROJAS precisa uno de los temas generales del derecho administrativo, citando a CARRILLO FLORES (La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración Pública.— México, Porrúa S.A., 1939): "Las normas que regulan los derechos y deberes de los particulares frente a la Administración directa o indirecta, que se obliga a mantener ... prestaciones en los servicios públicos" ...

Cfr. op. cit., p. 151.

que, como hemos visto, recibe la denominación de matrícula. Este acto jurídico produce, también, una situación jurídica subjetiva. Se trata, entonces, de un acto jurígeno propio de una entidad administrativa, esencial a su funcionamiento. Dicho de otro modo, se trata de un acto cuyas consecuencias jurídicas traducen la eficacia del servicio público que es toda Universidad. Pero no se trata de un acto que confiere solamente un **status** de usuario, sino que además incorpora a la parte individual. La incorporación implica un **status** más complejo, en el cual el cumplimiento de los deberes asumidos, repercutirá en la calidad misma del servicio recibido y, por lo tanto, en el ejercicio eficaz de los derechos detentados.

Sin embargo, la complejidad de los actos propios del quehacer universitario, encierra una nutrida gama de actos de orden ético y técnico, que no engendran por sí mismos derechos y obligaciones exigibles coercitivamente y que no producen efectos jurídicos (la consejería académica o psicopedagógica, el dictado eficiente de una clase, etc.). Otros, en cambio, generan derechos y obligaciones exigibles (un examen genera el derecho de exigir la nota; la culminación de los estudios y el cumplimiento de ciertos requisitos, el derecho de graduarse, etc. y la correlativa obligación). Uno de los actos jurídicos universitarios más importantes por los derechos y obligaciones que adscribe, es la matrícula. ¿Qué significa en el derecho administrativo?

La función administrativa puede definirse como la actividad que tiene por objeto la realización de los cometidos de las personas públicas, estatales y no estatales, en cuanto dichos cometidos requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales [15].

> "Quiere decir que el contenido de la actividad administrativa es doble: por un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos; por otro lado, realización de hechos [16]. Unas y otras originan

15 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Op. cit., T. I, p. 381.

16 "Está sobreentendido que se estudiarán únicamente los hechos de la administración que tienen trascendencia jurídica, pues los hechos no jurídicos no interesan al derecho administrativo". Loc. cit.

relaciones jurídicas administrativas, es decir, vínculos jurídicos en los cuales la administración es una de las partes" [17].

Los actos jurídicos administrativos, según la forma como surgen, pueden ser: a) unilaterales, o b) plurilaterales; y según la extensión de sus efectos: a) generales, o b) individuales. Los actos unilaterales de efectos generales son los denominados **"actos reglamentarios"**; los unilaterales de efectos individuales son los **"actos administrativos"** en sentido estricto; los plurilaterales, constituyen básicamente contratos administrativos [18].

Pero la actividad administrativa, no se agota en la producción de actos jurídicos, la función administrativa y especialmente la función de los servicios públicos, requiere la acción material de los órganos de la administración. Debe notarse, sin embargo, que junto a las consecuencias jurídicas queridas, pueden distinguirse aquellas consecuencias no queridas o no buscadas por la administración.

Es obvio que la ejecución de ese servicio público que llamamos Universidad, se basa en un complejo de actos, cuyo carácter predominantemente intelectual y volitivo, no excluye la ejecución de actos "materiales", muchos de los cuales expresan precisamente aquellos actos intelectuales y volitivos en que consiste la tarea académica, los hacen posibles o los complementan. Aquí cabe distinguir las declaraciones de voluntad destinadas expresamente a producir consecuencias jurídicas (actos jurídicos) y aquellas cuyo objetivo puede ser precisamente la ejecución de las consecuencias previstas o de las operaciones de servicio destinadas a satisfacer, de modo más directo, la necesidad pública correspondiente ("manifestaciones de inteligencia", las llama SARRIA) [19]. Llamar a estos actos de ejecución "actos materiales", no sería correcto, pues en la mayoría de los casos, y especialmente en el caso de la Universidad [20], ello re-

---

17 Loc. cit.

18 Cfr. ibid., pp. 381. y ss.

19 SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 37.

20 Es clara la diversa naturaleza de los hechos o "de las cosas" en el caso de servicios tales como los eléctricos o los de distribución de subsistencias, transportes, etc.

legaría la actividad interior y los aspectos significativos, que son los esenciales, en favor de los actos exteriores, cuya función es servir de vehículos sensibles de una interacción primordialmente significativa. De aquí que la doctrina predominante prefiera distinguir en la actividad administrativa los "hechos administrativos" (lo principal es **hacer)** y los "actos administrativos" (lo principal es producir modificaciones jurídicas) [21].

9.2.

Todo indica que la matrícula universitaria se encuentra dentro del marco referencial de los actos administrativos. A continuación analizaremos su contenido desde esta perspectiva.

En cuanto "acto jurídico", la matrícula es una **manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo, que produce una situación de derecho subjetivo y adscribe a una situación de derecho objetivo** [22].

Se trata de una manifestación de voluntad de una persona jurídica pública que actúa en ejercicio de un poder y una obligación legales, con el objeto de producir un efecto de derecho [23].

El derecho objetivo, conforme al cual se produce la manifestación de voluntad, se origina en la **ley** y en **actos reglamentarios** del agente público denominado Universidad.

9.2.1.

Un primer análisis del acto administrativo [24] denominado **matrícula universitaria,** nos conduce a los siguientes enunciados:

---

21 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Op. cit., T. I, p. 382, nota 2.

22 Para DUGUIT "el acto jurídico, **stricto sensu,** es toda manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo y que produce una situación de derecho subjetivo o condiciona el nacimiento de una situación de derecho objetivo".

Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 36.

23 Cfr. "JEZE", loc. cit.

24 Seguimos básicamente la síntesis de SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., p. 249. Cfr. también SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 37.

a) es un acto jurídico de derecho público;

b) es una decisión ejecutoria y no contenciosa;

c) crea una situación jurídica subjetiva, adscribiendo a un **status** objetivo;

d) es instrumental a la satisfacción de un interés público;

e) emana de la voluntad de un órgano administrativo y de la aceptación de una persona natural;

f) se realiza en ejercicio de un poder legal y reglamentario;

g) es eficaz.

Aunque esto aclara el panorama, es necesario sistematizar nuestro análisis y profundizar en sus elementos [25]:

9.2.1.1.

a) **Sujetos.**— Cada Universidad interviene en calidad de **agente público.** Ya hemos dicho cómo aun las Universidades particulares, en tanto son Universidad —lo cual significa que actúan en lo sustancial bajo normas de derecho público—, son sujetos del derecho público. Es verdad que la ley suele categorizarlas como personas jurídicas de derecho privado, especialmente en atención a su origen asociativo, concepción que consideramos obsoleta; pero, a pesar de ello, no es, en modo alguno, extraña la fusión de elementos de derecho privado y de derecho público. SAYAGUES LASO, al referirse a los "servicios descentralizados", "entes autónomos", "establecimientos públicos" o "entidades autárquicas", dice que **"son personas públicas,** no sólo por su calidad de estatales, sino **porque actúan bajo normas de derecho público, lo cual no excluye la aplicación del derecho privado dentro de ciertos límites"** [26]. De otro lado, ya hemos dicho también que algunos servicios públicos, sujetos a regímenes de derecho público, pueden ser desempeñados por personas jurídicas de derecho privado. Ello significa que,

---

25 Cfr. los elementos del acto administrativo, en SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 263 y ss.

26 SAYAGUES LASO, Enrique ... Op. cit., p. 174 (subrayado nuestro).

en el derecho administrativo actual, **"existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público"** [27].

> "En consecuencia, la distinción entre personas públicas y privadas no puede hacerse sobre la base de su calidad estatal o no estatal, sino en razón del régimen jurídico en que se mueven: **si se regulan por el derecho público, en todo o en parte, serán personas públicas;** si exclusivamente por el derecho privado, serán personas privadas" [28].

La presencia y participación del estudiante en el acto de matrícula, requiere precisar si se trata efectivamente de un acto bilateral.

SAYAGUES LASO ha demostrado cómo la circunstancia de que **ciertos actos administrativos unilaterales** necesiten el asentimiento o la adhesión del particular para producir todos sus efectos, no les quita su calidad de tales [29]. Un ejemplo interesante es el de las personas adscritas a servicios públicos a cargo del Estado. Estos "agentes públicos" son los individuos investidos de una función permanente y normal, mediante la cual se satisface un servicio público (JEZE). En cuanto a sus funciones y los actos inherentes a ellas, están sujetos a normas objetivas que configuran la situación jurídica del agente (DUGUIT, JEZE). En cuanto a la naturaleza del régimen jurídico implicado, la **teoría contractualista** está modernamente descartada. JEZE, uno de los expositores de la **teoría estatutaria,** la enuncia así:

---

27 Ibid., p. 175 (subrayado nuestro).

Cfr. asimismo SAYAGUES LASO, Enrique ... Distinción entre Personas Públicas y Privadas.— Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, 1966.— Pp. 7 y ss.; artículo incluido en: BELAUNDE, Javier de ... Personas Jurídicas (Materiales de Enseñanza) ... Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.— Nº 1.6

28 Loc. cit. (subrayado nuestro).

Cfr. También FIORINI, Bartolomé A. ... Manual de Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, La ley, 1968.— Parte I, p. 277.

29 SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Administrativo.— P. 389. Como dice FIORINI, "la clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales no es muy pacífica en el derecho administrativo, aunque en el derecho privado hace tiempo que esta cuestión no presenta ninguna discusión".

FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. L. p. 277.

> . . . "los agentes públicos propiamente dichos están en una situación legal y reglamentaria **unilateralmente expedida por los gobernantes.** Dicho régimen excluye el contrato y se condiciona a las necesidades o exigencias del respectivo servicio público" [30].

Así, el acto jurídico por el cual ingresa un individuo a un servicio público, es el denominado "acto condición", cuyo efecto jurídico no es crear una situación jurídica única o personal, sino **investir** a la persona de una situación jurídica legal y reglamentaria, de orden general e impersonal. En este caso, tanto como en el de la matrícula, es indudable **la existencia y necesidad del consentimiento del particular.** Sin embargo, dicho consentimiento o adhesión no sólo no es suficiente para producir un contrato [31], sino que, para los efectos del acto de adscripción es completamente subsidiario, un requisito más, incapaz de crear o modificar condición alguna. Aquí la oposición de intereses ha sido superada y subsumida por el interés público. Pero no parece correcto equiparar, sin más, el acto de adscripción de un particular a un servicio público con el acto de matrícula. En el segundo, la adscripción del **status** de alumno, es una consecuencia jurídica en la que los factores individuales cobran mayor importancia. No en vano el proceso educativo tiene dimensiones individuales irreductibles. Tampoco puede olvidarse que el alumno será "incorporado al servicio"; pero también se mantendrá como destinatario inmediato del servicio público universitario o "usuario".

A pesar de todo, este nuevo elemento **sui generis** de la matrícula, no es suficiente para constituir un acto **administrativo** propiamente bilateral. En el acto bilateral, la voluntad de ambas partes es **creadora** de funciones recíprocas "que obligan o vinculan exclusivamente a los sujetos intervinientes" [32]. La bilateralidad, no se apoya en la cantidad de voluntades concurren-

---

30 Citado por SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., p. 125 (subrayado nuestro).

31 La enorme desigualdad de poder real que separa a los sujetos, especialmente en el campo del derecho administrativo, ha llevado a afirmar la quiebra del principio de la "autonomía de la voluntad". Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 123 y ss.

32 FIORINI, Bartolomé ... Op. cit., P. I, p. 278.

tes, "se sustenta en la posición de dos **intenciones opuestas y creadoras"** [33], "en la ubicación opuesta y recíproca de las partes" [34]. Esto es, el acto bilateral, soporte esencial del contrato, se basa en la oposición, o cuando menos en la diferencia, de intereses individuales expresados a través del "principio de autonomía de la voluntad".

En el caso de la matrícula universitaria puede afirmarse que, de un lado, los intereses en juego no pueden ser calificados ni como contrapuestos, ni como individuales. El interés de la Universidad implicada es el interés de sus alumnos y viceversa. Y ambos intereses, aunque incluyan elementos personales, no pueden ser calificados de individuales o privados. Ya nos hemos referido a la Universidad como interés público y como obra común. Aunque, como hemos dicho, el crecimiento y la diversificación sociales e institucionales hayan devenido en la intensificación de ciertos caracteres contractuales, todavía la Universidad gravita en el polo comunitario, donde los intereses, más que contrapuestos, son complementarios, y donde es difícil concebir el propio bien como ajeno al bien común, tanto en su sentido institucional o restringido, como en su sentido general o total. Todavía la matrícula supone el mínimo de confianza básica que supone toda adhesión.

De otro lado, es claro que el principio de libertad supuesto en la bilateralidad contractual, supone un cierto grado de igualdad previa. Este grado de igualdad y libertad fue exagerado hasta límites irreales e ideológicos por el liberalismo, disminuído hasta su negación por corrientes socialistas y, por último, evaluado moderadamente y considerado variable por el derecho positivo y la ciencia jurídica modernos (publicización del derecho privado). Una evaluación de dichos factores en el acto de matrícula, muestra con evidencia que tal igualdad no existe (se trata de un individuo frente a una institución de derecho público y frente al **imperium legis)** y que, por lo tanto, la libertad está fuertemente mermada. La ley y los estatutos universitarios imponen lo que, inclusive desde el punto de vista contractual,

---

33 Loc. cit. (subrayado nuestro).
34 Loc. cit.

sería "la ley del contrato"[35]. Esto es especialmente claro si se considera que las Universidades constituyen una oferta limitada e insuficiente frente a la demanda, y lo que podría compararse con un cierto "monopolio" de derecho público.

En la matrícula, **predomina** una sola voluntad, que impone "su ley"[36]; la voluntad del adherente sólo cumple un rol subsidiario. Por esto los publicistas (HAURIOU, DUGUIT) no verían aquí más que **una declaración de voluntad**, y en el acto mismo de matrícula, **un acto de adhesión.**

Nuevamente, la teoría explicativa de la realidad social como **continuum** entre **modelos polares** cobra importancia. La polémica de **contractualista** y **publicistas** traduce un afán lógico de clasificación precisa al que no siempre responden realidades vitales tan complejas como el Derecho. Más **realista** es considerar el fenómeno al que los unos llaman **"contrato de adhesión"** y los otros **"acto de adhesión"**, en una zona sujeta a la influencia polar, aunque de diversa intensidad, de ambos modelos. La matrícula se sitúa así en la **zona polar del acto de adhesión,** pues los elementos contractuales que contiene (aceptación) son débiles[37] pero existentes. Pretender que basta la concurrencia

---

35 SALEILLES, R. ...De la declaration de volonté.— París, 1901.— P. 229; citado por BREBBIA, Roberto ... Contrato de Adhesión, en Enciclopedia Jurídica Omeba.— Bnos. Aires, Ed. Bibliograf. Argent., 1962.— T. IV, p. 247.

Aunque el principio de autonomía de la voluntad viene rápidamente a menos, todavía en el campo del derecho contractual la voluntad humana tiene una amplitud considerable. El derecho la protege, interpreta la voluntad de las partes, la suple cuando ha guardado silencio y sólo excepcionalmente la deroga, si compromete intereses superiores.

Por eso, los "aspectos modernos del consentimiento" han planteado al derecho privado una problemática compleja. Aun cuando se trata de intereses privados el denominado "contrato de adhesión" muestra una naturaleza contractual esquiva. Después de PLANIOL ("contratos de fórmula común") y frente al ataque de SALEILLES ("ley particular") y de DUGUIT ("actos jurídicos no convencionales"), los defensores han tenido que acudir á razones laboriosas, como la de los "contratos vigilados" (DEMOGUE).

Cfr. LAFAILLE, Héctor ... Curso de Contratos.— Bnos. Aires, Bib. Jur. Argentina, 1927.— Pp. 18, 95 y ss., 125 y ss.

36 La concurrencia de varias personas públicas y órganos institucionales en la formación de la "voluntad de la Universidad", no configura un acto plurilateral, sino un "acto complejo".

La voluntad del adherente cumple un rol tan subsidiario, que puede tratarse de un sujeto absoluta o relativamente incapaz. Cfr. supra 7.3.2.

37 Algunos opinan que el "contrato de adhesión" se refiere a condiciones, aunque previas y unilateralmente fijadas, inmutables unilateralmente, después de la aceptación o adhesión. Otros sostienen que "cuando el poder ad-

de la voluntad del adherente para estar en presencia de un verdadero contrato, equivale a volver a un voluntarismo contractualista, para el que inclusive toda ley tendría carácter contractual, puesto que, de alguna manera y en alguna medida, su cumplimiento depende de la voluntad de los gobernados, de su adhesión. Pero, la absolutización contractualista saca de quicio el papel de la voluntad y simplifica la complejidad de la motivación del obrar humano [38].

Respecto de la personalidad jurídica de las Universidades y de su capacidad, hemos tratado ya analíticamente en capítulo anterior. Lo mismo en relación con el estudiante. Ahora, la integración dentro de la perspectiva del derecho público, hace necesario estudiar un concepto complementario, el de **competencia.**

9.2.1.2.

b) **Competencia administrativa.**—Es el conjunto de facultades concedidas por la ley a un órgano de la administración pública para realizar una función o un conjunto de funciones y, en particular, para conocer de asuntos determinados. Su ejercicio es obligatorio e irrenunciable y no puede ser objeto de pacto que lo comprometa o limite . Frecuentemente se encuentra fragmentada entre diversos órganos [39].

La competencia supone la existencia de un sujeto portador o titular de la misma, sin él no puede existir. Sujeto y

---

ministrador establece unilateralmente ciertas modificaciones, lo hace sin afectar el fondo contractual" (lo que ya significaría reconocer una limitación al poder discrecional de modificación de los regímenes de derecho público) y que, además la adhesión del particular conlleva el reconocimiento de la regulación unilateral posterior (FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, p. 413) En verdad aquí, más que de ese reconocimiento, específico y concreto, se trataría del reconocimiento de un hecho y de la aceptación genérica del poder del Derecho y aun del poder político.

38 Análogamente, ello equivale a reconocer la importancia del trabajo manual tratando de reducir toda acción humana a este tipo de actividad: escribir un cuento o un poema, resultaría así equiparable a clavar un clavo o cortar una madera.

39 Cfr. SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 265 y 266.

competencia son, pues, conceptos distintos [40]; pero complementarios.

Para BIELSA, la **"competencia"** en el derecho público es equivalente a la **"capacidad"** en el derecho privado [41]. La analogía nos parece más exacta con el concepto de **capacidad especializada** a que nos hemos referido al tratar la capacidad de las personas jurídicas (principio de la capacidad especial) [42]

Consecuentemente, todo acto administrativo debe originarse en un órgano competente.

La competencia de las Universidades para matricular a sus estudiantes es clara y su origen legal, expreso o tácito, evidente. Sus facultades regladas en orden al cumplimiento de sus fines, como hemos visto antes [43], incluyen expresamente la competencia para la matrícula o, en su referencia al fin en vista del cual debe obrar el agente u órgano administrativo, queda confiada al poder discrecional reglmentario de la Universidad; aunque, como es natural, en calidad de supuesto indispensable para el cumplimiento del fin institucional [44].

Debido a la fragmentación de la competencia entre diversos órganos de las propias Universidades, la matrícula se realiza con la participación de varios órganos **(acto complejo)**, cada uno en ejercicio de su competencia específica (o sub-competencia). Si esta distribución de competencia no se produjera, se introduciría —como dice BIELSA —"el desorden, la confusión la arbitrariedad, la incertidumbre", con su secuela de ineficacia e injusticia.

---

40 Como señala FIORINI, la omisión del sujeto, por algunos autores, al tratar la competencia administrativa es producto del pasado, pues el Estado aparecía como el único capaz de dictar los actos de derecho público. Otros sujetos de derecho público eran desconocidos, por ello, supuesta la personalidad estatal, bastaba referirse a la competencia especial del agente.

Cfr. FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, p. 319.

41 Cfr. BIELSA, Rafael ... Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, 5ª ed.— T. II, p. 116; Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.— P. 98.

42 Cfr. supra cap. 5.

43 Cfr. supra cap. 6.

44 Respecto de la facultad reglada y el límite de la facultad discrecional, cfr. BIELSA, Rafael ... Derecho Administrativo.— P. 17.

Aquí el poder discrecional de la Universidad se refiere a los actos reglamentarios que tienen por objeto normar la matrícula como acto reglado de efectos individuales.

9.2.1.3.

c) **Manifestación de voluntad.**—El acto administrativo denominado matrícula universitaria se forma por una **voluntad legalmente manifestada.** Esta manifestación de voluntad corresponde a la Universidad que matricula y se expresa en formas legales y reglamentarias. Asimismo, debe emanar de órgano administrativo competente.

Es claro que el proceso volitivo del órgano administrativo, no se identifica habitualmente con el de la psiquis individual, aunque ciertamente guarde importantes analogías [45]. Ello se traduce en diferencias de orden jurídico. Mientras en el acto jurídico del derecho privado el proceso previo, formador de la voluntad que luego será declarada, prácticamente no interesa, en el derecho público acontece lo contrario. Dicho proceso suele incluir una complicada trama de "pequeños o grandes actos jurídicos": "son los actos preparatorios y también los actos de organización, que tienen efectos jurídicos con relación a todo el proceso y al objeto que debe cumplir" [46].

La matrícula, en tanto acto formal de declaración de voluntad, está precedida por un tejido de actos preparatorios instrumentales, dirigidos a crear las condiciones necesarias a la realización efectiva del acto definitivo, es decir, de la matrícula misma. Dichos actos (decisiones sobre forma, fechas, personal, organización, etc., que emanan de un conjunto de órganos administrativos colegiados e individuales) contribuyen a la formación de las condiciones necesarias a la manifestación de voluntad, individualizada para el caso concreto, o **"voluntad declarada".** Sin embargo, la voluntad misma o **"voluntad real",** está supuesta o declarada genéricamente en la ley y los reglamentos.

Aquí debe señalarse que lo esencial es la voluntad real y

---

45 Por eso, DIEZ cree necesario señalar que hablar de "voluntad" en el acto administrativo es una incorrección o, en el mejor de los casos, un "modo de decir".

DIEZ, Manuel María ... Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, Bibliog. Omeba, 1967.— T. II, p. 244.

46 FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, p. 272.

que si hubiese discordancia entre la voluntad declarada y la real, el acto resultaría viciado.

Otros vicios pueden resultar del error, la violencia o el dolo [47].

Cabe agregar que la manifestación de voluntad en la matrícula es expresa, pues, aunque no se use fórmulas solemnes, las formas documentarias son suficientemente claras e indubitables, por lo que no sería habitualmente correcto interpretarla como tácita [48].

9.2.1.4.

d) **Objeto de la matrícula.**—Todo acto jurídico pretende obtener un efecto jurídico que puede consistir en el nacimiento, la modificación o la extinción de derechos y deberes jurídicos. Estos derechos y deberes pueden constituir situaciones jurídicas. El acto administrativo, a su vez, es causa determinante de los efectos jurídicos que la administración se propone obtener. Dichos **efectos** constituyen **el objeto** del acto administrativo. Según DIEZ, objeto y contenido —o fondo, por oposición a forma— del acto administrativo se identifican [49].

A esta altura de nuestra investigación, resulta obvio que el objeto de la matrícula universitaria no es otro que adscribir **la situación o status de alumno** a un sujeto individual. Esta situación jurídica reglada, constituye un **condicionamiento jurídico objetivo** que se atribuye a un sujeto. El efecto es la producción de una situación jurídica subjetiva. Dicha situación jurídica subjetiva es, a la vez, una relación concreta e individual con el todo universitario, que reproduce a nivel individual **la relación constitutiva de la Universidad:**

Debe precisarse, sin embargo, que el contenido reglado de la matrícula no proviene totalmente de la ley; sino también de

---

47 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de Derecho Administrativo.— T. I, p. 435.

48 Respecto de la declaración tácita de voluntad, cfr. DIEZ, Manuel María ... Op. cit., T. II, pp. 253 y ss.

49 Ibid., T. II, pp. 260 y 261.

los reglamentos generales y de los específicos o particulares de la Universidad de que se trate. La discrecionalidad administrativa está, frente al acto individual, practicamente eliminada.

Consecuentemente, el contenido natural o necesario y el implícito (ambos configuran el contenido normal del acto) de la matrícula están predeterminados por la ley y los reglamentos. Carece de contenido eventual [50]; por ello no caben cláusulas accesorias. Condición, modo y término, no pueden ser impuestos discrecionalmente; sólo la ley y los reglamentos podrían establecerlos. Habitualmente no lo hacen.

Asimismo, el contenido de la matrícula es evidentemente **posible, lícito y determinado** [51].

9.2.1.5.

e) **Motivación.**—La existencia de **motivos** suficientes está en la base de la razonabilidad de la voluntad administrativa. La existencia de motivos equivale a la fundamentación sustantiva o real del acto administrativo y, evidentemente, su ausencia afecta la validez del acto. La **motivación** expresa como requisito formal, depende, en cambio, de la exigencia legal y de la naturaleza del acto [52].

El acto de matrícula está vinculado a situaciones de derecho y de hecho, previamente existentes. Dichas situaciones son las previstas por la ley y los reglamentos para provocar la actuación administrativa, que se concreta precisamente en los actos individuales de matrícula.

---

50 "El **contenido natural** es el que necesariamente forma parte del acto y sirve para individualizarlo evitando que se confunda con otro acto".

"El **contenido implícito** se refiere a cláusulas que no son expresas pero que se han de entender incluidas en el acto porque el ordenamiento jurídico las supone, **ex lege**, en todos los de la misma especie".

El **contenido eventual** (incluidas sus cláusulas accesorias) está integrado por aquellos contenidos que el órgano administrativo puede introducir en el acto, en adición al contenido necesario.

Ibid., T. II, pp. 261, 262 y 266.

51 Cfr. ibid., T. II, p. 267.

52 Cfr. SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 268 y 269; DIEZ, Manuel María ... Op. cit., T. II, pp. 270 y ss.; FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, pp. 256 y ss., 340 y ss.

Puede hablarse de una **motivación legal,** pues basta la comprobación de la existencia objetiva y de la suficiencia de los antecedentes previstos por la ley y los reglamentos, para provocar el acto de matrícula. Estos antecedentes deben darse en el sujeto individual (antecedentes académicos, salud, etc.) y en la Universidad (vacante o plaza por cubrir, oportunidad, etc.).

Aquí la motivación legal y reglamentaria hace inútil la formal.

9.2.1.6.

f) **Causa.**—Aunque la teoría de la causa en el derecho administrativo sufre serias discrepancias, es posible afirmar que la causa del acto administrativo no es otra que "el **fin** que persigue el órgano administrativo al producir el acto" [53]. Dicho fin es la satisfacción del interés público a través del caso particular que el legislador ha previsto y tutela [54]. Según DIEZ, la causa responde a la pregunta ¿para qué?; mientras el motivo responde a ¿por qué? [55].

Es claro que la matrícula tiene como causa el fin mismo de la Universidad en cuanto ésta es un servicio público. El acto individual de matrícula, habitualmente previsto y tutelado por la ley, y siempre por los reglamentos, actualiza la relación alumno-Universidad, fundamento de la eficacia institucional de la Universidad.

Si bien algunas corrientes doctrinarias niegan la existencia de la causa en la actividad reglada reconociéndola solamente en la discrecional [56], pensamos con DIEZ que "el órgano administrativo ha de tener en cuenta el fin de interés público que persigue al dictar el acto" aun cuando se trate de actos reglados [57]. La reglamentación no sólo no elimina la causa, sino que, por su especial importancia, la fija y asegura.

---

53 DIEZ, Manuel María ... Op. cit., T. II, p. 257.

54 Loc. Cit.

55 Loc. cit.

56 MORTATI ... La Volontá e la Causa nell'Atto Amministrativo e nella Lege.— Roma, 1935.— P. 186; citado por DIEZ, Manuel María ... Op. cit., T. II, p. 260.

57 Loc. cit. (DIEZ, M. M.)

9.2.1.7.

g) **Mérito.**—Todo acto administrativo ha de ser útil y conveniente para el fin que se pretende servir. Para algunos se trata de la **oportunidad** del acto, pero ello parece referirse más a la conveniencia temporal. Nos parece más propio referirse a la **adecuación** y a la previsión de **eficacia** del acto administrativo. Así, el mérito se vincula con la inteligencia y la voluntad de servicio eficaz de la administración (eficacia, equidad y moralidad, según FIORINI) [58]. Por eso, el mérito se deriva del correcto actuar administrativo propio del "buen administrador", análogo a la diligencia del **"bonus pater familiae"** del derecho romano.

En razón de tratarse de un criterio valorativo sobre la adecuación del acto, el mérito no es un elemento fácilmente controlable, especialmente en el campo de la actividad discrecional. Además, en razón de referirse a la "calidad", el posible vicio de mérito no afecta los elementos esenciales del acto.

El acto de matrícula, en tanto acto reglado individual, ve reducido su mérito al mérito de los actos reglamentarios en que se apoya.

9.2.1.8.

h) **Forma.**—Es el conjunto de las condiciones externas o la configuración externa del acto administrativo, es decir, el modo como se determina y como se manifiesta la voluntad del órgano competente. Son los elementos externos que integran el acto, por medio de los cuales se constata la existencia de la voluntad administrativa, y a través de los que esa voluntad se exterioriza [59]. Este modo de ser del acto adminis-

---

58 FIORINI, Bartolomé A. ... Teoría de la Justicia Administrativa.— Bnos. Aires, 1960.— P. 90.

59 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Adm.— T. I, p. 457; DIEZ, Manuel María ... Op. cit., T. II, p. 268; SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., p. 271.

trativo nos permite percibirlo por medio de los sentidos, lo que es especialmente importante para el mundo del derecho, pues, como es sabido, las simples intenciones, si no se traducen en actos exteriores o los influyen, son ajenas al fenómeno jurídico. De otro lado, la exteriorización se vincula a la publicidad del acto administrativo y, por lo tanto, a su oponibilidad frente a los administrados. Por ello, SAYAGUES LASO hace notar que el cumplimiento de las formas constituye una garantía para los administrados [60].

La matrícula universitaria, como todo acto administrativo, es esencialmente formal. Aunque en general los reglamentos no prescriben formas especiales, éstas se derivan de los actos preparatorios de organización que, a su vez, son actos reglamentarios menores o subsidiarios. La forma escrita es el elemento general; las formalidades documentarias y procesales, el elemento especial (formularios, lugar y tiempo determinados, etc.). El cumplimiento de las formas establecidas es requisito de validez del acto, pues ellas aseguran y garantizan su existencia y su legalidad.

La publicidad de la matrícula se cumple por medio de comprobantes que hacen las veces de la notificación [61] y por medio de constancias, certificaciones y carnets.

9.2.2.

Del estudio de los elementos del acto administrativo de matrícula, fluye la identificación y precisión de dos **caracteres jurídico-administrativos:** la **legitimidad** y la **ejecutoriedad.**

---

60 SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Adm.— T. I, p. 458.

61 Cfr. SERRANO GUIRADO, E. ... La Notificación de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia.— Bnos. Aires, Rev. de Adm. Pública, Instit. de Estudios Políticos.— Nº 1, p. 131.

Cfr. también NUÑEZ BORJA, Humberto ... Lecciones de Ciencia de la Adnistración y Derecho Administrativo del Perú.— P. 404; SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Adm. T. I, p. 430; SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., p. 298.

9.2.2.1.

a) **Legitimidad.**—BIELSA dice que "la **legitimidad** tiene un sentido de **licitud**, de acuerdo con la ley"; y, agrega: "ella establece una **presunción de conformidad "substancial"** con la ley" ... "La legitimidad **concierne a la naturaleza jurídica** intrínseca, al **fondo,** y no a la forma ni a los requisitos **objetivos"** [62]. Por eso la legitimidad está referida a la juridicidad como condición básica de la actividad administrativa pública. No se refiere solamente a la legalidad de la competencia, del contenido, del motivo y de la causa, sino que yendo más allá, la supone y la integra en el mundo jurídico.

El carácter de legitimidad proviene de la naturaleza pública del órgano administrativo y del régimen de derecho público en que se desenvuelve. Ello explica por qué la matrícula universitaria acusa la exigencia esencial de legitimidad. De un lado la exigencia de legalidad es clara; de otro, la sujeción a los valores de una juridicidad profunda, aunque menos clara, pertenecen a su esencia misma. En la matrícula, la fuerza de la **naturaleza de las cosas,** no sólo gravita decisivamente sobre los **actos-regla** que la crean como situación jurídica de carácter general e impersonal, sino también sobre la matrícula como el acto administrativo de efecto individual. La razonabilidad, la justicia, el interés común —a nivel interno— y el público, son criterios cuya presencia tiene carácter de necesidad específica y no solamente genérica.

Del imperativo de legitimidad del acto jurídico se sigue su **presunción de legitimidad.** "Todos los actos de derecho público de cualquier clase que fueren tienen presunción de su validez jurídica inmediata" [63]. Esta presunción **juris tantum** proviene de la naturaleza misma del derecho público, cuya función es asegurar la convivencia jurídica a través de la seguridad y es-

---

62 BIELSA, Rafael ... Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.— P. 134. Cfr. también Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, 5ª ed.— T. II, pp. 13 y ss.

63 FIORINI, Bartolomé A. ... Manual de Derecho Administrativo.— P. I, p. 292.

tabilidad de las relaciones que regla y crea [64], amén, claro está, de la justicia. Los valores de paz, tranquilidad, solidaridad y justicia sociales, necesitan de esta presunción, la cual, por lo demás, se apoya en el principio de legitimidad esencial de los actos administrativos a que ya nos hemos referido, incluidos los controles propios del derecho administrativo.

La presunción de legitimidad es inherente a la matrícula universitaria. Realizado el acto formal de matrícula, no cabe duda de su validez legal: ésta se presume mientras no se pruebe lo contrario.

9.2.2.2.

b) **Ejecutoriedad.**—Es una consecuencia lógica de la presunción de legitimidad, y como ésta "es una proyección jurídica del poder administrador" [65]. En tanto atributo de los actos administrativos, la ejecutoriedad proviene del poder administrador y no del acto mismo. Su idea está ligada a la de ejecución, es decir, a la idea de "acción y efecto de ejecutar, hacer efectivo o realizar algo", a "cumplir, ejecutar" [66]. Por ello, la ejecutoriedad del acto administrativo es la traducción del poder jurídico, de los sujetos administrativos, de ejecutar. Mediante las "decisiones ejecutorias", la administración, "afirma su derecho a ejecutar" [67]. Así, entre las facultades exorbitantes de los sujetos administrativos públicos y la ejecución operativa directa de los mismos, como garantía prestada al administrado, debe producirse la"decisión ejecutoria" (HAURIOU). Ella significa la concreción de sus facultades, la explicitación de su programa, etc., con lo cual el particular sabe a qué atenerse [68].

La ejecutoriedad de la matrícula proviene del régimen de derecho público que faculta y limita a las Universidades, en orden al cumplimiento de sus fines. La ejecución operativa de

---

64 Loc. cit.
65 Ibid., p. 298.
66 Cfr. COUTURE, Eduardo J. ... Vocabulario Jurídico.— P. 260.
67 NUÑEZ BORJA, Humberto ... Op. cit., p. 44.
68 Cfr. loc. cit.

sus servicios docentes, requiere de la "decisión ejecutoria" o acto ejecutorio de matrícula. La relación estudiante-Universidad originada en la matrícula, incluirá esencialmente los **actos de ejecución** en que consiste su servicio público. Por eso el orden, la seguridad y la justicia previstos por el derecho, requieren del **acto administrativo**, que fija previamente la identidad del particular que detentará el **status** o situación jurídica de estudiante o, más propiamente, de alumno de esa Universidad [69] y le adscribe dicha situación.

La exigibilidad y obligatoriedad inmediatas del acto no se identifican con su ejecutoriedad, pues ambas podrían existir sin ésta. Sin embargo, cabe recordar que en el acto administrativo **exigibilidad y obligatoriedad inmediatas** se derivan de la **presunción de legitimidad** y de la **ejecutoriedad del acto.**

9.2.3.

En orden a un mejor esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la matrícula, estudiaremos brevemente su ubicación dentro de la **clasificación** doctrinaria de los actos administrativos.

Los criterios de clasificación son varios y han producido diversas clasificaciones que no son excluyentes, sino complementarias. Nos referiremos sólo a las más importantes [70].

a) De acuerdo con el pensamiento jurídico administrativo moderno la matrícula es un **acto de gestión pública**, propio de la actividad realizada **para el ejercicio de los servicios públicos** aunque, como hemos dicho antes, en ellos exista la preeminencia otorgada por el régimen de derecho público, sus actos no pueden confundirse con los **actos imperativos** propios del **jus imperium** del Estado; menos, con los actos de gestión privada [71].

---

69 "Estudiante" alude más directamente al quehacer; "alumno", a la relación.

70 Al respecto, cabe señalar que no siendo nuestro propósito estudiar las clasificaciones mismas, excluiremos su discusión.

71 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Adm.— T. I, p.

b) En cuanto la matrícula es el acto que produce realmente el efecto jurídico querido, es un **acto principal.** Para hacerla posible suelen ser necesarios **actos preparatorios** o instrumentales. Asimismo requiere **actos complementarios,** como los registrales, certificatorios, etc. [72].

c) Atendiendo a la formación de la voluntad administrativa, la matrícula es habitualmente un **acto complejo,** pues en ella intervienen conjunta o sucesivamente dos o más órganos (organismos ejecutores especiales, tesorería, registro, etc.). Sin embargo esta complejidad no pertenece a su esencia; está condicionda por circunstancias accidentales (número, organización, etc.). Su otra posibilidad, teórica, es el **acto simple.**

d) Según el alcance de sus efectos, la matrícula no es un **acto externo ni interno** [73]: sus efectos se proyectan dentro y fuera de la Universidad. Se trata, pues, de **un acto interno-externo** o mixto.

e) Según el efecto producido sobre la esfera jurídica de los particulares, el acto de matrícula, dada la naturaleza especial del servicio público universitario, más que aumentar o ampliar las facultades y los poderes de los particulares [75], **amplía su esfera jurídica general,** porque faculta pero también impone obligaciones al alumno. Ya dijimos que éste no es solamente un usuario de un servicio. La matrícula, al permitir que una persona individual entre a formar parte de la institución misma, con el fin de que goce de ciertos derechos y de ciertos actos de ejecución del servicio prestado por la propia institución, en forma simultánea le impone la obligación de participar activamente de las cargas de la propia institución. El incumplimiento de esas obligaciones acarrea sanciones de diversa índole, que pueden ir desde la simple amonestación hasta las multas, la pérdida temporal de ciertos derechos y la expulsión de la Universidad o del sistema universitario. El **jus coercionis** está aquí presente como en el resto del derecho público.

---

72 Cfr. ibid., T. I, p. 392.
73 Cfr. ibid., T. I, p. 396.
74 Cfr. supra 2.2. i.
75 Cfr. SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., p. 256.

Según el criterio indicado, la matrícula es un acto administrativo nominado: es un **acto de admisión**, a diferencia de la **concesión, la autorización, la licencia, el permiso, la aprobación** y el **visto o la dispensa.**

f) Respecto de la discrecionalidad o vinculación de la voluntad, la matrícula resulta de la **actividad reglada** de la administración y no de la actividad **discrecional.** Ya nos hemos referido a ello: la matrícula está regida por la ley y los reglamentos.

g) Por su contenido, el acto de matrícula pertenece a los llamados **actos jurídicos conformadores,** pues estos fundan, modifican o suprimen una situación o una relación jurídica concreta. No debe confundirse a la matrícula con los **actos declaratorios** (en ellos no se crean, modifican o extinguen derechos, sólo se reconocen), ni con los **registrales** (que son sólo atestiguatorios). Tampoco con los **actos imperativos** (que contienen un mandato o una prohibición con el fin de provocar coactivamente una conducta en los administrados) [76].

h) Una de las más importantes clasificaciones basadas en el contenido de los actos administrativos en sentido amplio, proviene de DUGUIT y JEZE [77]. Los actos creadores de situaciones jurídicas generales e impersonales son denominados **actos-regla,** legislativos y reglamentarios. Su producto son la ley y el reglamento. Estos actos crean y organizan **situaciones jurídicas objetivas** y, por ello, impersonales y genéricas. De ellos surge un poder jurídico impersonal y objetivo. Las normas originadas en el acto-regla, se aplican a todos los que se encuentran en iguales circunstancias de hecho. Las situaciones objetivas no se extinguen por el ejercicio o cumplimiento, o por su aplicación a determinada persona. Asimismo una situación objetiva puede ser modificada o derogada; pero no es susceptible de ser renunciada por parte de los administrados [78].

---

76 Cfr. FORSTHOFF, Ernst. ... Tratado de Derecho Administrativo.— Madrid, 1958.— Pp. 292 y ss.

77 Cfr. JEZE, Gastón ... Los Principios Generales del Derecho Administrativo.— Bnos. Aires, 1949.— T. I, p. 29.

78 Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 42 y ss.

El acto de matrícula mismo, no es un acto-regla; pero supone un acto-regla previo, que lo norma jurídicamente [79].

Contrariamente, los **actos-subjetivos** crean **situaciones jurídicas individuales o subjetivas,** que se refieren únicamente al individuo concreto implicado. Son transitorios —su duración no va más allá de su ejercicio o cumplimiento— y renunciables. Asimismo pueden ser unilaterales o plurilaterales (certificación, contrato de alquiler de un local escolar, etc.).

Pero entre ambos se ubican los denominados **actos-condición.** Son manifestaciones de voluntad cuyo objeto es **conferir a un individuo una situación jurídica general y objetiva,** lo que venimos llamando **status**, o "hacer regular el ejercicio de un poder legal" (JEZE)

Sin embargo, acto-subjetivo y acto-condición no son incompatibles. El carácter del derecho público hace que la mayoría de actos-subjetivos sean al mismo tiempo actos-condición. El ejemplo de la compra-venta, al que JEZE aplica las categorías del acto-condición, es claro: en ella coexisten una situación jurídica individual (precio, cosa, circunstancias de tiempo y lugar) y una situación jurídica objetiva (aplicación al comprador del **status** legal de propietario y al vendedor del **status** legal de acreedor privilegiado, etc.).

Igualmente clara es la ubicación del acto de matrícula: en tanto confiere una situación jurídica objetiva (el **status** general e impersonal de alumno) a un individuo es un **acto-condición;** en tanto crea una situación jurídica subjetiva, personal o individual, que involucra factores únicos e irrepetibles (tales materias, estudios, etc.) es un **acto-subjetivo.** Es decir, la matrícula es, en un sentido diverso [80], un **acto jurídico complejo** [81].

Una cuarta categoría circunscribe los actos que hacen constar una situación jurídica —sea ésta objetiva o subjetiva— o un hecho. Son los actos denominados **jurisdiccionales.**

---

79 La facultad para crear situaciones objetivas a través de reglamentos proviene de la ley.

80 Cfr. supra 9.2.3. c)

81 Cfr. SARRIA, Eustorgio ... Op. cit., pp. 69 y 70.

9.2.4.

Hasta ahora hemos estudiado la matrícula a la luz de los elementos y caracteres del acto jurídico administrativo realmente existente y válido. Sin embargo, como los demás actos jurídicos, el acto de matrícula puede incurrir en defectos que acarreen su **nulidad.**

Aunque la teoría de las nulidades en el derecho administrativo trata de desarrollarse dentro de las coordenadas de derecho público que le son propias, todavía se encuentra fuertemente influida por el derecho privado. Así, la doctrina administrativa suele reconocer tres tipos de nulidades: la inexistencia, la nulidad absoluta o de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad; aunque respecto de los llamados actos inexistentes se dan fuertes y justificadas discrepancias.

9.2.4.1.

a) **Inexistencia.**—Suele señalarse como actos administrativos inexistentes a aquellos a los que falta un elemento esencial o estructural. Serían la "nada jurídica" (SERRA ROJAS) y como tal no producirían efecto alguno y tampoco serían convalidables ni confirmables.

Consideramos que esta categoría de "no actos" jurídicos carece de razones jurídicas suficientes. Hablar de actos inexistentes es incurrir en una **contradictio in terminis.** Además, dichos "no actos" dan lugar a un tratamiento igual al de la nulidad absoluta; o por su inexistencia hacen supérflua cualquier declaración jurisdiccional. En el primer caso estaríamos frente a una categoría inútil; en el segundo, frente a un hecho peligroso e inconveniente para la seguridad de los particulares respecto de la administración [82].

---

82 CARRILLO FLORES piensa que la teoría del acto inexistente no es realista, pues si el órgano administrativo "le otorga eficacia y para ejecutarlo pone en movimiento el aparato coercitivo de que dispone", no hay razón para aferrarse a la ficción doctrinal.

CARRILLO FLORES, Antonio ... La Defensa Jurídica de los Particulares Frente a la Administración Pública.— México, Porrua, 1939.— P. 133.

En sentido contrario cfr. NUÑEZ BORJA, Humberto ... Op. cit., p. 61.

Es pertinente anotar que esta posición es coherente con la teoría de las nulidades del acto jurídico privado, adoptada por nuestro Código Civil (arts. 1123 y 1125), que sólo admite la nulidad y la anulabilidad [83].

9.2.4.2.

b) **Nulidad absoluta.**—Actos nulos son los que violan especialmente las leyes prohibitivas, de interés público, y aquellos a los que falta algún elemento esencial. No son validables por prescripción, ni se legitiman por confirmación. La nulidad puede ser declarada de oficio o a instancia de parte. Se trata, pues, de actos con irregularidades graves.

Es claro que la matrícula podría incurrir en nulidad si faltase alguno de sus elementos esenciales, incluida la forma establecida. El error insalvable, de hecho o de derecho, el dolo o la violencia, viciarían insalvablemente el consentimiento del órgano universitario respectivo. La falta de competencia, en el funcionario u órgano que realiza la matrícula, o la violación de las disposiciones que la prohiben fuera de determinados plazos, la harían igualmente nula, no convalidable ni legitimable. Lo mismo, si su objeto inmediato fuere imposible (por ej.: matrícula en una carrera cuyos estudios no existieran en esa Universidad).

Pero, como es propio de las nulidades del derecho administrativo, teniendo en cuenta la presunción de legitimidad y la ejecutividad de los actos administrativos, la nulidad absoluta debe ser declara [84].

9.2.4.3.

c) **Nulidad relativa o anulabilidad.**— Actos anulables son principalmente los que violan leyes permisivas, supletorias u

83 Cfr. LEON BARANDIARAN, José ... Comentarios al Código Civil Peruano.— Bnos. Aires, Ediar S. A. Ed., 1954.— T. I, p. 324; asimismo BIELSA, Rafael ... Derecho Administrativo.— T. II, pp. 111 y ss.

84 Cfr. BIELSA, Rafael ... Derecho Administrativo.— T. II, pp. 111 y ss.

otras de la misma naturaleza; aquellos en que la manifestación de voluntad es defectuosa o irregular (por ej.: error enmendable); los que adolecen de forma defectuosa, pero perfeccionable; y otros con defectos accidentales, que deben ser evaluados en función del interés público, estatal o no estatal. Consecuentemente son actos cuyo contenido es posible y básicamente lícito, que pueden ser convalidados por confirmación o perfeccionados por prescripción. Asimismo, la nulidad relativa sólo puede ser invocada por los interesados [85].

Tratándose del campo de la actividad administrativa reglada, en los actos de matrícula son más frecuentes los casos de anulabilidad. Dadas las circunstancias físicas en que se realiza el acto complejo que denominamos matrícula, es fácil que los órganos administrativos o los estudiantes incurran en errores (sobre cursos, créditos, datos, etc.) o en defectos de forma (falta de algún documento certificatorio, formulario, sello, etc.), subsanables. Aunque generalmente no suele estar reglamentada, es posible la confirmación tácita por prescripción y obviamente la expresa.

Como en el caso de la nulidad absoluta, la actualización de la nulidad potencial del acto anulable, debe ser declarada formalmente.

9.2.5.

A continuación consideraremos otra forma de extinción del acto de matrícula: la **revocación.**

La revocación afecta a actos válidos que por causas sobrevinientes es preciso retirar del mundo jurídico. Generalmente responde a un vicio de mérito: el acto puede haber nacido o haber devenido ineficaz. También es posible que otras consideraciones vinculadas al interés público aconsejen la cesación de los efectos del acto. El principio de libertad para un mejor servicio del interés público, está en la base misma de

85 Respecto de su semejanza con los actos anulables del derecho privado, cfr. ÑUNEZ BORJA, Humberto ... Op. cit., p. 64.

toda la actividad administrativa. Sin embargo, tratándose de un acto jurídico no declarativo (en el Derecho las cosas se deshacen tal como se hicieron), la revocación no tiene efecto retro activo. En este sentido, la revocación extingue los efectos futuros, pero no la existencia del acto [86].

La matrícula, en la medida en que es un acto reglado, no admite más revocación que aquella expresamente facultada por la ley y los reglamentos. Así, uno de los casos más frecuentes se refiere a la revocación de ciertas matrículas por razón de suspenderse el dictado de uno o más cursos: el bajo número de matriculados pudiera hacer antieconómica su subsistencia, y el principio de economía es de interés general y público. Sin embargo, esta figura sólo constituirá un acto de revocación si existe un cierto margen de discrecionalidad por parte de la administración universitaria. Si tal discrecionalidad no existiera, se trataría más bien de una condición resolutoria.

Debe señalarse que siendo la matrícula un acto-condición que incluye situaciones jurídicas individuales, restringe su rerevocabilidad a casos excepcionales. La estabilidad es necesaria en aras de la seguridad, la confianza y el orden de un servicio público que requiere del particular, por lo menos, la inversión de tiempo y energías irrecuperables.

Existe además un caso específico de revocación: el **retiro.** Es un acto jurídico administrativo, cuyo **motivo** es una declaración de voluntad del alumno, por medio de la cual solicita la extinción **ex nuc** de las consecuencias jurídicas del acto de matrícula. El retiro generalmente es un acto reglado, el cual debe producirse si se produce el motivo previsto. Si el acto de retiro formal no se produce por parte de la administración universitaria, el retiro de hecho del alumno no extingue las consecuencias de la matrícula. Se da entonces la figura del **abandono,** el cual puede provocar (por ej.: en el caso de haber asistencia obligatoria) la **caducidad** de la matrícula, que contiene elementos penales [87].

---

86 Cfr. FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, pp. 303 y ss.; SERRA ROJAS, Andrés ... Op. cit., pp. 350 y ss.; NUÑEZ BORJA, Humberto ... Op. cit., pp. 67 y ss.

87 Cfr. FIORINI, Bartolomé A. ... Op. cit., P. I, p. 311.

9.3.

Como hemos dicho antes, acto administrativo es toda declaración de voluntad de la administración, destinada a producir **efectos jurídicos.** El propósito del acto de matrícula universitaria es, pues, producir efectos jurídicos. Dichos efectos se expresan en la creación de una situación objetivo-subjetiva [88] respecto del alumno. Esta situación jurídica no es producto de la actividad discrecional y accidental de la administración universitaria; sino resultado de un querer reglado. Se trata de adscribir al estudiante a un sistema de derechos y deberes preestablecido, no sólo sin ignorar su personalidad sino teniéndola en cuenta y estimulándola. Este sistema es mutable de acuerdo con su propia dinámica institucional y jurídica. Constituye, con los matices propios de la institución universitaria, lo que hemos denominado un **status** jurídico o situación reglamentaria, en este caso, de derecho público.

La situación jurídica nacida del acto de matrícula, por su propia naturaleza, requiere que se ejecuten una serie de determinados "actos de inteligencia", volitivos y materiales, los cuales constituyen la actividad académica propia del servicio público universitario. Sin ellos no quedan consumados y agotados sus efectos [89]. "En principio —dice SAYAGUES LASO— el acto administativo, una vez perfeccionado, produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado" [90] (ejecutividad del acto administrativo). Los actos de ejecución deben ajustarse a lo dispuesto en el acto cuyo cumplimiento procuran [91]. Lo dispuesto en el acto de matrícula no es otra cosa que atribuir al estudiante la situación de alumno, situación constituida por el conjunto sistemático de acciones e inacciones, potencias e impotencias, derechos y deberes, formalizados por leyes y reglamentos. La relación del alumno con la Universidad tiene un grado

88 Cfr. supra 9.2.3. h.
89 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique ... Tratado de D. Adm.— T. I, p. 496.
90 Ibid., T. I, p. 489.
91 Cfr. ibid., T. I, p. 497.

de intensidad y extensión considerables. Se trata, en verdad, de una relación compleja constituida por un verdadero tejido de **derechos y deberes establecidos legal y reglamentariamente.** Pero, de modo análogo a la relación jurídico-pública del funcionario, que exige una afección total de la persona y no solamente una "prestación" delimitada a "la relación laboral duradera, fundada en la confianza mutua"; y a las relaciones familiares, que también exigen una afección amplia de la persona [92], la relación alumno-Universidad exige "afectar el conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la "[93] ... **tarea universitaria en sentido integral** [94]. Vale decir que la ejecución de esta tarea universitaria, excede los derechos y deberes expresamente normados por la ley y por el derecho referido o delegado a la autoridad universitaria [95]. Se extiende al campo de "los deberes de recíproca consideración y observancia de la confianza" [96], y a los deberes de máximo rendimiento y eficacia, individual e institucional.

En el caso de esta situación legal y reglamentaria de derecho público, propia de la Universidad, los deberes de conducta son especialmente importantes. Ellos complementan y conforman el esquema de deberes y derechos originados en la ley y la potestad reglamentaria delegada, **a partir de los conceptos y valores descubiertos y desarrollados en el sentido y fin de la actividad universitaria** (supuesta la autonomía) y, a partir también, como hemos dicho, de los principios de eficacia y buena fe, supuestos de todo servicio público y de toda comunidad.

---

92 Cfr. LARENZ, Karl ... Derecho de Obligaciones.— Madrid, Ed. Rev. de D. Priv., 1958.— T. I, p. 19.

93 Ibid., T. I. p. 22.

94 ... "con la ejecución de la obligación", dice LARENZ (Loc. cit.), refiriéndose al derecho de obligaciones. La analogía es tal que hemos utilizado sus palabras, sustituyendo solamente "obligación" por "tarea universitaria en sentido integral".

95 Para el caso análogo del derecho de familia, cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor ... Derecho Familiar Peruano.— Lima, Ed. Universit., 1960.— T. I, p. 8.

96 LARENZ, Karl ... Derecho de Obligaciones.— T. I, p. 21.

Es inherente a la Universidad, en tanto establecimiento público y por lo tanto administración, la posibilidad de ejecutar directamente y por sí misma sus propios actos jurídicos. Aquí se conecta uno de los aspectos más interesantes de la especificidad del acto de matrícula y sus consecuencias. El cumplimiento o ejecución por parte del alumno es también factor de la misma ejecutividad del acto (la actividad del alumno es parte de la actividad general de la Universidad que integra, en tanto ésta es actividad de servicio público): el alumno, a través del **status** que lo organiza como tal, es parte del establecimiento público universitario y contribuye a su función. A la vez es usuario individual del servicio, pero siempre 'vinculado' al interés público. Aun en cuanto usuario, y más allá de los deberes reglados, tiene deberes de conducta inherentes a su situación respecto de la Universidad como servicio público financiado por el esfuerzo público (estatal y no estatal). Esos deberes de conducta son más personalizados, y se refieren a la procura del máximo rendimiento frente a la espectativa social y a la inversión económica que representan sus estudios [97].

Los efectos de la matrícula se producen durante cierto tiempo, que puede ser más o menos extenso (año, semestre, ciclo) [98]. Pero los efectos del acto no se consideran consumados o agotados por el simple transcurso del tiempo, sino por el cumplimiento del objeto previsto para ese lapso. El período de vigencia está referido al llamado calendario académico, que constituye la previsión del futuro inmediato de la actividad universitaria. El vencimiento, sin embargo, no se produce por el fin de las actividades docentes, porque la matrícula no se refiere solamente a ellas; sino por la no renovación de la matrícula durante las fechas fijadas, lo que, como hemos dicho, constituye una presunción **juris et de jure** de la voluntad del alumno de dar por terminada su relación con la Universidad y no matricularse nuevamente.

---

97 Ya dijimos que, en términos económicos, nadie paga lo que cuesta el servicio que recibe a través de la Universidad. Cfr. supra 6.4.1.5.

98 Loc cit.

La situación legal y reglamentaria, a la que se adscribe al alumno no es, por lo tanto, más que **la concreción individual de una situación general dibujada sobre el modelo de relación constitutiva de la Universidad.** La relación alumno-Universidad, reproduce la estructura básica alumno-profesor [99] dentro de las condiciones de las sociedades organizadas modernas.

El tema de la **coercibilidad** de las normas jurídicas implicadas en la relación del estudiante con la Universidad es especialmente importante. Exige otro estudio, el de las responsabilidades y sanciones implicadas. Subrayando lo dicho anteriormente [100], baste aquí mencionar que existe inclusive lo que podría denominarse un micro-fenómeno de derecho penal universitario. Asimismo, podría pensarse que no se trata de una verdadera coerción, que las posibles medidas disciplinarias difieren del uso de la fuerza porque la mayor sanción aplicable es la simple exclusión de la comunidad [101]. Sin embargo, a poco que se medite respecto de la posible exclusión, no sólo de la Universidad implicada, sino de todo un sistema universitario, se caerá en cuenta de que se trata, nada menos, que de una nueva versión de la muerte civil, una especie de muerte profesional, hoy más grave debido a la creciente necesidad de calificación para el trabajo. Este fenómeno, diferencia la sanción del derecho universitario de la de otras instituciones (asociaciones, organizaciones privadas, etc.).

9.4.

Como consecuencia de lo dicho, cabe precisar que la naturaleza jurídica de la relación individual alumno-Universidad es la **situación legal y reglamentaria o status jurídico de derecho público,** matizado por la especial importancia de la **situación subjetiva propia del fenómeno educativo** de la institución universitaria.

---

99 Cfr. supra, cap. 8.
100 Cfr. supra 2.8.
101 Cfr. ROSS, Alf. ... Sobre el Derecho y la Justicia.— P. 59.

SUMARIO

Si se parte de la observación del fenómeno matrícula universitaria, ésta cobra un significado amplio y complejo. Se trata del acto por el que el estudiante se convierte en alumno de una Universidad. Este efecto encierra un orden de conductas debidas, que no es otro que el constitutivo de la Universidad misma. La actividad universitaria gravita, pues, sobre el acto de matrícula. Y, a su vez, éste hace posible el funcionamiento efectivo de aquella, y aun su existencia, pues la estructura básica de la Universidad es la relación alumnos-profesores.

La estructura básica de la Universidad se define por su función principal: la docencia de más alto nivel, que no es simple instrucción, sino formación. La primera aproximación al fenómeno jurídico, muestra intereses que deben ser protegidos, y que, en efecto, lo son. Existe un orden normativo de naturaleza jurídica, un derecho positivo, legal y reglamentario, de la Universidad.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del acto de matrícula y de la relación subsiguiente no se desprende claramente ni del hecho mismo, ni del derecho positivo. La expresión legal resulta vacilante frente al hecho reglamentario, de un lado, y al "compromiso" que se invoca, de otro. Es, pues, necesario estudiar sistemáticamente el fenómeno, dentro de la estructura constitutiva de la Universidad.

El análisis de los sujetos de la relación jurídica plantea, respecto de la Universidad, una rica problemática sociológica, política y jurídica sobre la que no existen estudios suficientes. Ello nos ha llevado a explorar algunas de las principales "líneas de resistencia", como diría BATIFFOL.

Consideramos que la teoría de la institución (HAURIOU, RENARD, DELOS) ha logrado importantes luces sobre la naturaleza de la personalidad corporativa, aunque, claro está, es susceptible de reajustes y perfeccionamientos, especialmente los provenientes de las ciencias sociales. En concreto, el concepto de "carta fundamental" o constitutiva de la institución (MALINOWSKY), como "sistema de valores y convenios, enriquece el concepto de "idea directriz", de inspiración platónica. Asimismo, una idea de obra o empresa, que se "hace" y se desarrolla, más que "encontrarse" y determinarse analícamente, responde con mayor realismo al quehacer institucional.

Respecto de la Universidad, la teoría de la institución, con las precisiones hechas, es un instrumento de análisis especialmente importante, pues tiene el acierto de no aislar el fenómeno jurídico (personalidad jurídica, estatuto o situación jurídica, actos jurídicos) del fenómeno scocial (personalidad moral, cooperación, comunión, poder), ni éste de los fenómenos significativos (idea, finalidad, valores, obra o empresa).

La idea de empresa universitaria es la idea de realizar **una** Universidad y no **la** Universidad; o, si se quiere, de realizar la Universidad, a través de **una** Universidad concreta, en un

medio socio-cultural determinado y con un carácter o estilo personal. Se trata de una idea compleja en la que algunos elementos se encuentran; pero los más se hacen o construyen, dentro de un "estilo" propio de integración socio-cultural. De aquí que la personificación real de la Universidad en una Universidad, suponga una pluralidad humana organizada, que en el orden institucional, sea consciente de la integración de las partes y de su identidad (individualidad) y capaz de decisión y de acción unificadas (personalidad moral).

Si bien la Universidad como institución requiere un centro de decisión y de acción, supuesta una conciencia de integración de las partes y de identidad, en tanto centro de pensamiento e investigación, admite la pluralidad individual y reposa en ella. En orden al ejercicio del pensamiento y su expresión, no cabe unificación alguna, por muy democrática que se pretenda. Esto puede ciertamente plantear un conflicto entre la naturaleza de las cosas y el poder.

La función del Derecho respecto de la personalidad moral existente es de protección. Frente a la personalidad individual, el Derecho reconoce un hecho y le ofrece protección. Cuando los elementos de la acción conducen a varios hombres integrados, como si condujeran a uno solo, la exigencia lógica de reconocer en estos hombres a una sola persona es indiscutible, salvo razones de bien común. Cuando la persona moral existe, la personalidad jurídica le corresponde naturalmente.

En el caso de la Universidad es frecuente el caso de existencia de la institución previa a su reconocimiento legal, el cual debe entenderse como principio de protección y no como limitación. Inclusive históricamente, las Universidades son personas morales antes que jurídicas. Esto no quiere decir que,

en razón de su importancia social, no se deba exigir condiciones que aseguren la eficacia del servicio. De allí la legislación especial sobre creación y supresión de Universidades por ley.

Según la legislación especial, las Universidades particulares son personas jurídicas de derecho privado; pero deben ser creadas por ley. Esto sería una anomalía, si no se tratara, en verdad, del **sistema de concesión** de la personalidad jurídica, otorgada individualmente por el Estado.

Respecto de quiénes pueden solicitar la concesión legal y qué condiciones objetivas de índole general deben acreditar, sostenemos que:

a) es necesaria la existencia de una asociación fundadora o patrocinadora capaz de continuarse en la Universidad correspondiente; b) deben asegurarse las condiciones normales de toda asociación ("persona jurídica ... sin fines de lucro") que aspire a la personalidad jurídica, en cuanto le sean aplicables; c) deben acreditarse los recursos académicos.

La Universidad, como grupo humano organizado para un fin transpersonal o social, lleva en sí misma la idea de servicio. Representa una metodología social de servicio intelectual. Como función, es una respuesta adecuada y continuada a la necesidad pública de trabajo cultural y educativo sistemáticos, sujeta a un régimen jurídico especial de derecho público; es decir, en tanto función, es un **servicio público.** Pero si se atiende a la amplitud de su autonomía, a la integración del "usuario", a la naturaleza de su actividad y a la "ilimitación" de sus objetivos, debe entendérsele como un servicio público **sui generis.**

En tanto organización personalizada para la prestación o gestión del servicio público universitario, la Universidad es un **establecimiento público.**

Más allá de la categorización jurídico-positiva en Universidades estatales y particulares, puede afirmarse que ambas denominaciones son erróneas. Ni las unas son sustancialmente estatales, ni las otras son sustancialmente particulares. La autonomía aleja a las Universidades "estatales" del poder estatal, más de lo que el **interés** público acerca a las "particulares" á dicho poder. Ambas son **personas esencialmente públicas,** estan sujetas, en lo esencial, a un régimen de derecho público.

La Universidad constituye un **fenómeno público no estatal.** Se trata sustancialmente de personas jurídicas de derecho público; pero no de entes estatales.

El estudiante es el otro sujeto de la relación; pero difícilmente podrían diferenciarse sus intereses de los de su **alma mater,** del mismo modo que, correlativamente, la Universidad tampoco puede diferenciar sus intereses de los de sus alumnos, supuesto un mínimo de razonabilidad.

Respecto de la **capacidad de ejercicio del estudiante,** cabe señalar que de acuerdo con el Código Civil, la mayoría de estudiantes universitarios considerados aptos para detentar "el derecho y la obligación de participar en las responsabilidades

de la marcha de la comunidad universitaria" (D. L. Nº 19326, art. 187), son, según el derecho positivo vigente, "absoluta" o "relativamente incapaces"; y que la mayoría de estudiantes que pueden ser elegidos representantes estudiantiles ante los órganos de gobierno de las Universidades (art. 188), son "relativamente incapaces". Asimismo, según la Constitución Política, no son, en su mayoría, ciudadanos (art. 84).

Esta situación es contradictoria y debe salvarse. Proponemos las siguientes modificaciones legales:

—Al D. L. Nº 19326:

a) Reconocer expresamente a los menores de 18 años, capacidad especial de ejercicio (conferida por ley) para matricularse en una Universidad por sí mismos.

b) Agregar, para los menores de 18 a 20 años la capacidad de votar en las elecciones para representantes estudiantiles.

c) En el caso de los mayores, de 21 años o más, agregar la capacidad para ejercer la representación estudiantil ante los órganos de gobierno universitario.

—Al C.C., art. 11: agregar un nuevo caso de cese de la incapacidad de las personas mayores de 18 años: ser estudiante universitario.

—A la Constitución Política, art. 84: otorgar la ciudadanía a los mayores de 18 años que sean estudiantes universitarios.

El análisis de la **estructura de relación** constitutiva de la Universidad, a través de las tipologías polares **comunidad-sociedad** (TOENNIES), **relaciones familísticas-relaciones contractua-**

les (SOROKIN), **status-contrato** (MAINE) e **institución-contrato** (RENARD), revela los **caracteres estatutarios** de la estructura de relación de la Universidad. Asimismo, demuestra que los elementos contractuales no son integrables en un modelo institucional universitario puro. Sin embargo, en el orden de la existencia, la Universidad incluye ciertas tendencias contractuales, que pueden entenderse como síntomas de crisis o como inevitable imperfección de las cosas humanas.

La **función universitaria,** es una actividad que tiene por objeto la realización del cometido de la persona pública no estatal denominada Universidad, es decir, la prestación de un servicio público, en cuanto dicho cometido requiere ejecución práctica mediante actos jurídicos y operaciones "materiales". Se trata, pues, de una **función administrativa pública.**

La función administrativa de la Universidad es doble: de un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos; de otro, realización de hechos. Una y otras origina **relaciones jurídicas administrativas,** es decir, vínculos en los cuales la administración es una de las partes.

Las relaciones jurídico-administrativas de la Universidad se originan en actos jurídicos, **"actos administrativos"** en sentido amplio (lo principal es producir modificaciones jurídicas) y en **"hechos administrativos"** (actos intelectuales y volitivos: "manifestacones de inteligencia" en que consiste la actividad académica y otros actos operativos y materiales).

El **acto de matrícula universitaria es un acto jurídico administrativo:** una manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo, que produce una situación jurídica, principalmente de derecho objetivo, pero con fuertes elementos de derecho subjetivo.

El acto administrativo de matrícula es: a) **acto de gestión** pública y no acto imperativo; b) **acto principal** y no preparatorio o complementario; c) **acto complejo,** aunque puede ser simple; d) **acto interno-externo** (ambos efectos); e) **acto que amplía la esfera jurídica** del particular: **acto de admisión,** no de concesión, autorización, licencia, permiso, aprobación, visto o dispensa; f) **acto reglado** y no discrecional; g) **acto jurídico conformador** y no declaratorio, ni registral; h) **acto-condición** y **acto-subjetivo,** no jurisdiccional.

El **efecto jurídico** del acto de matrícula es la atribución al estudiante de la **situación jurídica de alumno.** La relación jurídica surgida es compleja, pues contiene a su vez un conjunto sistemático de relaciones, que se expresan a través de una serie de actos de ejecución, unos "delimitados" y definidos por la ley y los reglamentos, y otros que afectan el conjunto de la conducta de los sujetos vinculada con la tarea universitaria en sentido integral. Vale decir, que la relación alumno-Universidad incluye deberes y derechos definidos y "deberes de conducta", que complementan y conforman el esquema legal y reglamentario.

Los actos de cumplimiento y ejecución por parte del alumno, son factor de la misma ejecutividad del acto jurídico, pues-

to que la situación de alumno implica actividad integrada dentro de la actividad general de la Universidad.

Dada la naturaleza de la Universidad, respuesta a una necesidad pública que no se agota con una "prestación", sino en el ejercicio eficiente de la actividad profesional, científica y cultural, aun como "usuario" el alumno, en su actividad, está está 'vinculado' al interés público.

La **naturaleza jurídica** de la relación individual alumno-Universidad es la situación legal y reglamentaria, o **status** jurídico de derecho público, a la que se agrega una situación subjetiva derivada del fenómeno educativo implicado. Esta relación es la concreción individual de una situación general dibujada sobre el modelo de relación constitutiva de la Universidad, y es también, en cada caso, una relación única e irrepetible.

Creemos que cabe y debe investigarse la "autonomización" del **Derecho Universitario.** El fenómeno universitario, como objeto de derecho, tiene importancia considerable y caracteres específicos. Existen principios, instituciones propias, fenómenos normativos propios y legislación especial. Existen asimismo, funciones legislativas, ejecutivas y judiciales derivadas de la autonomía y de la autarquía universitarias. Existe un procedimiento y un sistema de sanciones. De otro lado, no es un fenómeno que pueda confundirse con otros fenómenos normativos, propios de asociaciones privadas u otros grupos.

Creemos asimismo, que el desarrollo de una disciplina jurídica sobre la Universidad, contribuiría a una mejor y más objetiva comprensión de sus procesos y consecuentemente al mejoramiento del derecho positivo universitario.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, N. y VISALBERGHI, A. . . . **Historia de la Pedagogía** (Tr. esp. Hernández Campos, Jorge).— México, F. de C.E., 1964.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino. . . **Manual de Derecho Administrativo Español**— Barcelona, Bosch, 1954.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino. . . . **Tratado General de Derecho Administrativo.**— Barcelona, Bosch, 1958.

ARIAS, José . . . **Manual de Derecho Romano.**— Bnos. Aires, Ed. G. Kraft Lda., 1949.

ARISTOTELES. . . **Etica a Nicómaco.**— México, Ed. Porrúa S. A., 1972 (Tr. esp. Gómez Robledo, Antonio) y Bnos. Aires, Espasa Calpe Arg. S. A., 1952 (Tr. esp. Azcárate, Patricio de) (Las notas están referidas a la división de esta última).

AUBERT, Vilhelm. . . **Sociología del Derecho** (Tr. esp. Roberts, J. V.).— Caracas, Ed. Tiempo Nuevo, S. A., 1971.

BADENES GASSET, Ramón . . . **Metodología del Derecho.**— Barcelona, Bosch, 1959.

BASADRE, Jorge. . . **Historia de la República del Perú.**— Lima, Ed. Univ., 1970.

BATIFFOL, Henri . . . **Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Gaffuri, Lilia).— Bnos. Aires, EUDEBA, 1972.

BECK, Robert Holmes . . . **Historia Social de la Educación.** (Tr. esp. Gerhard, C.).— México, UTEHA, 1965.

BEN-DAVID, Joseph y ZLOCZOWER, Abraham . . . **Univer-**

sidades y Sistemas Académicos en las Sociedades Modernas; en La Universidad en Transformación.— Barcelona, Ed. Seix Barral S. A., 1966.

BIELSA, Rafael ... **Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.**— Bnos. Aires, Ed. Depalma, 1961.

BIELSA, Rafael... **Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal.**— Bnos. Aires, 1952.

BIELSA, Rafael ... **Derecho Administrativo.**— Bnos. Aires, 5ª. ed.

BIERSTEDT, Robert ... **El Problema de la Autoridad;** en Sociología del Poder, antología preparada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.— Santiago de Chile, Ed. Andrés Bello, 1960.

BOCHENSKI, I. M. ... **La Filosofía Actual** (Tr. esp. Imaz, E.).— México, F. de C.E., 1951.

BOCHENSKI, I. M. ... **Los Métodos Actuales del Pensamiento** (Tr. esp. Drudis B., R).— Madrid, Ed. Rialp S.A., 1962.

BODENHEIMER, Edgar ... **Teoría del Derecho** (Tr. esp. Herrero, Vicente).— México, F. de C. E., 1964.

BOTTOMORE, Tom B. ... **Marx y Mannheim;** en Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento, selección dirigida por HOROWITZ, Irving Louis.— Bnos. Aires, EUDEBA, 1964.

BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean-Claude ... **Los Estudiantes y la Cultura** (Tr. esp. López Pardina, María Teresa).— Barcelona, Ed. Labor S. A., 1967.

BREBBIA, Roberto ... **Contrato de Adhesión;** en Enciclopedia Jurídica Omeba. Bnos. Aires, Ed. Herder, 1962.

BRUGGER, Walter... **Diccionario de Filosofía** (Tr. esp. Véliz C., José).— Barcelona, Ed. Herder, 1962.

CARNELUTTI, Francisco ... **Teoría General del Derecho.**— Madrid, Ed. Revista de D. Privado, 1955.

CARRILLO FLORES, Antonio ... **La Defensa Jurídica de los Particulares Frente a la Administración Pública.**— México, Porrúa, 1939.

CASSIRER, Ernest ... **Antropología Filosófica** (Tr. esp. Imaz, Eugenio).— México, F. de C.E., 1965.

CASTRO MARTINEZ, José Joaquín ... **Tratado de Derecho Administrativo.**— 1950.

COING, Helmut ... **Fundamentos de la Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Mauri, J. M.)— Barcelona, Ed. Ariel, 1961.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor ... **Derecho Familiar Peruano.**— T. I, Lima, Ed. Universit., 1960; T. II, Lima, Ed. del Sol, 1962.

COUTURE, Eduardo J ... **Vocabulario Jurídico.**— Montevideo, 1960.

CUELLO CALON, Eugenio... **Derecho Penal.**— Barcelona, Bosch, 1974.

CUVILLIER, Armand ... **Manual de Sociología** (Tr. esp. Cobo, A.).— Bnos. Aires, Ed. El Ateneo, 1964.

DABIN, Jean ... **Teoría General del Derecho** (Tr. esp. Osset, Francisco Javier).— Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1955.

DAVIS, Kingsley ... **La Sociedad Humana** (Tr. esp. Mazía, F.).— Bnos. Aires, EUDEBA, 1965.

DEL VECCHIO, Giorgio ... **Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Recasens, L.).— Barcelona, Bosch, 1960.

DIEZ, Manuel María ... **Derecho Administrativo.**— Bnos. Aires, Bibliog. Omeba, 1967.

DONCEEL. J. F. ... **Antropología Filosófica** (Tr. esp. Geltman, P.).— Bnos. Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1969.

DUGUIT, León ... **Manual de Derecho Constitucional.**— Madrid, F. Beltrán Ed., 1926.

DU PASQUIER, Claude ... **Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica** (Tr. Lavalle, Juan Bautista de y Ayasta Gonzales, Julio).— Lima, Librería Internacional del Perú S. A., 1950.

EGUIGUREN, Luis Antonio ... **La Universidad Nacional Mayor de San Marcos (IV Centenario de la Fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica).**— Lima, UNMSM, 1950.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín ... **Tratado de Derecho Civil** (Tr. esp. Pérez Gonzales, B. y Alguer, J.).— Barcelona, Bosch, 1953.

FEDERACION UNIVERSITARIA ARGENTINA (Varios) ... **La Reforma Universitaria, 1918-1958.**— Bnos. Aires, 1959.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos ... **La Noción Jurídica de Persona.**— Lima, 1962.

FERRATER MORA, José ... **La Filosofía Actual.**— Madrid.— Alianza Editorial S. A., 1969.

FERRER PI, Pedro ... **La Universidad a Examen.**— Barcelona, Ed. Ariel, 1973.

FICHTE, Johan Gottlieb ... **Plan Razonado para Erigir en Berlin un Establecimiento de Enseñanza Superior que esté en Conexión Adecuada con una Academia de Ciencias** ((esc. 1807) (Tr. esp. Sommersguter, Erika); en la Idea de la Universidad en Alemania.— Bnos. Aires, Ed. Sudam., 1959.

FICHTER, Joseph H. ... **Sociología** (Tr. esp. Ros, Alejandro).— Barcelona, Ed. Herder, 1966.

FIORINI, Bartolomé A. ... **Manual de Derecho Administrativo.**— Bnos. Aires, Ed. La Ley, 1968

FIORINI, Bartolomé A. ... **Teoría de la Justicia Administrativa.**— Bnos. Aires, 1960.

FORSTHOFF, Ernst ... **Tratado de Derecho Administrativo.**— Madrid, 1958.

FRAGA, Gabino **Derecho Administrativo.**— México, Ed. Porrúa, 1944.

FRIEDMAN, Lawrence M. ... **Legal Culture and Social Development;** en FRIEDMAN, L. M. and MACAULAY, S. ... Law and the Behavioral Sciences.— USA, Bobbs-Merril, 1969; incluido en TRAZEGNIES, Fernando de ... **Filosofía del Derecho** (Materiales de Enseñanza).— Lima, P.U.C. del P., 1973.

FRIEDRICH, Carl Joachin ... **La Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Alvarez Franco, M.).— México, F. de C.E., 1964.

FROMM, Erich ... **Etica y Psicoanálisis** (Tr. esp. Morck, H. F.).— México, F. de C.E., 1965.

FROMM, Erich ... **El Miedo a la Libertad** (Tr. esp. Germani, G.).— Bnos. Aires, Ed. Paidós, 1963.

FROMM, Erich ... **Marx y su Concepto del Hombre** (Tr. esp. Campos, T.). —México, F. de C.E, 1966

GARCIA MAYNEZ, Eduardo... **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo.**— México, UNAM, 1968.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo... **Introducción al Estudio del Derecho.**—México, Ed. Porrúa S. A., 1964.

GARRIGO, Andrés... **La Rebeldía Universitaria.**— Madrid, Ed. Guadarrama, 1970.

GEERTZ, Clifford ... **La Ideología como Sistema Cultural;** en el Proceso Ideológico, selección dirigida por VERON, Eliseo.— Bnos. Aires, Ed. Tiempo Contemporáneo, 1971.

GOLDSCHMIDT, Werner... **Introducción al Derecho (Estructura del Mundo Jurídico).**— Bnos. Aires, Aguilar, 1962.

GOLDSMIDT, Dietrich y FUNK, Sibylle ... **¿Todavía es viable la Universidad? Caso de Alemania Occidental.**— México, UNAM, Deslinde Nº 35, 1973.

GRANERIS, Giuseppe ... **Contribución Tomista a la Filosofía**

del Derecho (Tr. esp. Lértora, C.A.).— Bnos. Aires, Eudeba, 1973.

GRIGORIAN, L. y DOLGOPOLOV, Y... **Fundamentos del Derecho Estatal Soviético** (Tr. esp. Razinkov, O. y Mazurenko, V.).— Moscú, Ed. Progreso.

GURVITCH, Georges ... **Tratado de Sociología** (Tr. esp. Eguibar, M.).— Bnos. Aires, Ed. Kapelusz, 1963.

GURVITCH, Georges ... **Sociología del Derecho** (Tr. esp. Romera V., A.).— Rosario, Ed. Rosario, 1945.

GURVITCH, Georges ... **Los Marcos Sociales del Conocimiento** (Tr. esp. Giaccino, M.).— Caracas, Monte Avila Ed., 1969.

HAURIOU, Maurice ... **Principios de Derecho Público y Constitucional.**— Madrid, Ed. Reus S.A., 1927.

HAURIOU, Maurice ... **La Teoría de la Institución y de la Fundación.**— La Plata, Ed. Surco, 1947.

HEER, Friedrich . **El Mundo Medieval. Europa 1100-1350** (Tr. esp. Sacristán Luzón, Manuel).— Madrid, Ed. Guadarrama, 1963.

HEGENBERG, Leonidas ... **Introducción a la Filosofía de la Ciencia** (Tr. esp. Iglesias Sans, J.A.).— Barcelona, Ed. Herder, 1969.

HENKEL, Heinrich ... **Introducción a la Filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho** (Tr. esp. Gimbernat Ordeig, E.).— Madrid, Taurus, 1968.

HELLER, Herman... **Teoría del Estado** (Tr. esp. Tobío, Luis).— México, F. de C.E., 1963.

HERNANDEZ GIL, Antonio y otros ... **Estructuralismo y Derecho.**— Madrid, Alianza Edit., 1973.

HESSEN, Johan ... **Teoría del Conocimiento.** —Bnos. Aires, Ed. Losada S.A., 1970.

HIRSCHBERGER, Johannes ... **Historia de la Filosofía** (Tr. esp. Martínez Gómez, L.J.). —Barcelona, Ed. Herder, 1961.

HOROWITZ, Irving Louis (selección) y otros ... **Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento.**— Bnos. Aires, EUDEBA, 1964.

HUBNER GALLO, Jorge ... **Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y La Teoría de la Institución.**— Santiago, Ed. Jur. de Chile, Colección de Estud. Jur. y Soc. de la Fac. de Der. de la U. de Chile, V. XIII.

JAEGER, Werner ... **Paideia: Los Ideales de la Cultura Griega** (Tr. esp. Xirau, J. y Roces, W.).— México, F. de C.E., 1967.

JANNE, Henri ... **Report on The University and Needs of Contemporary Society** (Translated from the French).— Documento reproducido mimeográficamente por la Asociación Internacional de Universidades, 1969.

JASPERS, Karl ... **La Idea de la Universidad** (1946) (Tr. esp. Schroeder de Castelli, A.), en la Idea de la Universidad en Alemania. —Bnos. Aires, Ed. Sudam., 1959.

JELLINEK, Georg ... **Teoría General del Estado** (Tr. esp. De los Ríos, F.).— Bnos. Aires, Ed. Albatros, 1954.

JEZE, Gastón ... **Los Principios Generales del Derecho Administrativo.**— Bnos. Aires, Depalma Ed. 1949.

JIMENEZ, Alberto ... **Historia de la Universidad Española.**— Madrid, Alianza Editorial S.A., 1971.

JIMENEZ DE ASUA, Luis ... **La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal.**— Bnos. Aires, Ed. Sudamericana, 1973.

JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang ... **Derecho Privado Romano** (Tr. esp. Prieto Castro, L.).— Barcelona, Ed. Labor S.A., 1966.

KELSEN, Hans ... **Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho** (Tr. esp. Nilve, Moisés).— Bnos. Aires, Ed. EUDEBA, 1960

KELSEN, Hans ... **Teoría Comunista del Derecho y del Estado** (Tr. esp. Weiss, A.).— Bnos. Aires, EMECE Ed., 1958.

KELSEN, Hans ... **Teoría General del Estado** (Tr. esp. Legaz Lacambra, L.).— México, Ed. Nacional, 1951.

LAFAILLE, Héctor ... **Curso de Contratos.**— Bnos. Aires, Bib. Jur. Argentina, 1927.

LALANDE, André y otros ... **Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía.**— Bnos. Aires, Ed. El Ateneo, 1967.

LANTERI LAURA, G. y otros ... **Introducción al Estructuralismo** (Tr. esp. Giacobbe, Jorge).— Bnos. Aires, Ed. Nueva Visión, 1969.

LARENZ, Karl ... **Metodología de la Ciencia del Derecho** (Tr. esp. Gimbernat Ordeig, E.).— Barcelona, Ed. Ariel, 1966.

LARENZ, Karl ... **Derecho de Obligaciones** (Tr. esp. Santos Briz, J.).— Madrid, Ed. Rev. de D. Priv., 1958.

LATORRE, Angel... **Universidad y Sociedad.**— Barcelona, Ed. Ariel, 1964.

LEGAZ LACAMBRA, Luis .. **Filosofía del Derecho.**— Barcelona, Ed. Bosch, 1953.

LEON BARANDIARAN, José ... **Curso Elemental de Derecho Civil Peruano** (Parte General del Derecho Civil, Título Preliminar del Código Civil. El Derecho de las Personas en el Código Civil).— Lima, 1970.

LEON BARANDIARAN, José ... **Comentarios al Código Civil Peruano.**— Bnos. Aires, Ediar S.A., 1954.

LUNDSTEDT, Vilhelm ... **El Derecho y la Justicia: una crítica al empleo de la valoración de la justicia** (Tr. esp. Vernengo, R.); en CABRAL DE MONCADA, L. y otros ... **El hecho del derecho.**— Bnos. Aires, Ed. Losada, S. A., 1956.

LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan ... **Max Scheler.**— Bnos. Aires, Ed. Nova, 1966.

MAC IVER, R.M. y PAGE, Charles H. ... **Sociología** (Tr. esp. Cazorla, J.).— Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1963.

MAINE, Henry ... **De la Posición Social al Contrato** (Extracto de MAINE, sir Henry ... "Ancient Law".— Dent, 1917; incluido en AUBERT, Vilhelm ... Sociología del Derecho.— Caracas, Ed. Tiempo Nuevo, 1971.

MALINOWSKI, Bronislaw ... **Una Teoría Científica de la Cultura y otros Ensayos** (Tr. esp. Cortazar, A.).— Bnos. Aires, Ed. Sudamericana S.A., 1967.

MANHEIM, Karl ... **Sociología Sistemática (Introducción al Estudio de la Sociedad).**— (Tr. esp. Legaz Lacambra, Luis).— Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1960.

MANHEIM, Karl ... **Diagnóstico de Nuestro Tiempo.** (Tr. esp. Medina E., José).— México, F. de C.E., 1959.

MARCUSE, Herbert ... **Eros y Civilización** (Tr. esp. García Ponce, Juan).— Barcelona, Ed. Seix Barral, S.A., 1968.

MARIAS, Julián ... **Introducción a la Filosofía.**— Madrid, Ed. Rev. de Occ. S.A., 1967.

MARIAS, Julián ... **Historia de la Filosofía.**— Madrid, Ed. Rev. de Occ., 1969.

MARIAS, Julián ... **La Universidad, Realidad Problemática.**— Santiago de Chile, Ed. Cruz del Sur, 1953.

MARTINDALE, Don ... **La Teoría Sociológica, Naturaleza y** Escuelas (Tr. esp. Juárez Moreno, F.).— Madrid, Aguilar S.A., 1968.

MARX, Karl ... **Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política;** en MARX, Karl y ENGELS, Friedrich... Obras Escogidas.— Moscú, Ed. Progreso.

MARX, Karl... **Tesis sobre Feuerbach;** en MARX, Karl y ENGELS, Federico... Obras Escogidas.— Moscú, Ed. Progreso.

MARX, Karl.— **El Capital** (Tr. esp. Roces, W.).— México, F. de C.E., 1972.

MARX, Karl... **Sociología y Filosofía Social** (Selección e introd. de BOTTOMORE, T.B. y RUBEL, M.; tr. esp. Bottomore, T.B.).— Barcelona, Ed. Península, 1968.

MAY ZUBIRIA, Jorge ... **La Organización Universitaria y los Trabajadores; en la Reforma Universitaria (1918-1958)**.— Bnos. Aires, 1959.

MAYER, Otto... **Derecho Administrativo Alemán.**— Bnos. Aires, Ed. Anayú, 1954.— T. IV, pp. 250 y 251.

MC KINNEY, John C. ... **Tipología Constructiva y Teoría Social** (Tr. esp. Torres Perrin, H.).— Bnos. Aires, Amorroutu Ed., 1968.

MERRILL, Francis E. . **Introducción a la Sociología** (Tr. esp. Gobernado, A.).— Madrid, Aguilar S.A., 1967.

MINGUIJON, Salvador... **Historia del Derecho Español.**— Barcelona, Ed. Labor S.A., 1953.

MONDOLFO, Rodolfo ... **El Pensamiento Antiguo.**— Bnos. Aires, Ed. Losada S.A., 1967.

MYERS, Edward D. ... **La Educación en la Perspectiva de la Historia** (Tr. esp. Torner, F.M.).— México, F. de C.E., 1966.

NEISSER, Hans ... **Sociología del Conocimiento** (Tr. esp. Setaro, F.).— Bnos. Aires, Ed. La Pléyade, 1972.

NIETZSCHE, Federico ... **El Porvenir de Nuestros Establecimientos de Enseñanza** (Tr. esp. Ovejero y Maury, Eduardo); en la Idea de la Universidad en Alemania.— Bnos. Aires, Ed. Sudam., 1959.

NUÑEZ BORJA, Humberto ... **Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú.**— Lima, 1959

OGBURN, William F. y NIMKOFF, Meyer F. ... **Sociología** (Tr. esp. Bugeda, J.).— Madrid, Aguilar, 1966.

OLAZABAL F., Leoncio ... **Derecho Civil (Nociones Generales.— Personas.— Acto jurídico).**— Cuzco. Ed. Garcilaso, 1961.

OLIVECRONA, Karl ... **Lenguaje Jurídico y Realidad** (Tr. esp. Garzón V., E.).— Bnos. Aires, Centro Ed. de A.L. 1968.

ORTEGA Y GASSET, José ... **Misión de la Universidad.**— Madrid, Rev. de Occ., 1960.

OSORIO ISAZA, Luis C. ... **Los Establecimientos Públicos en Colombia.**— Bogotá, Ed. Kelly, 1969.

PALACIOS, Alfredo L. ... **La Universidad Nueva.**— Bnos. Aires, M. Gleizar Ed., 1957.

PERKINS, James A. ... **La Universidad en Transición** (Tr. esp. Castro, Catalina y Trejo de Hernández, Luz María).— México, UTEHA, 1967

PETIT, Eugene ... **Tratado Elemental de Derecho Privado Romano** (Tr. esp. Fernández Gonzales, José).— México, Ed. Nacional, 1969.

PIJOAN, José ... **Breviario de la Historia del Mundo y de la Humanidad.**— Bnos. Aires, Salvat.

PIJOAN, José ... **Historia del Mundo.**— Barcelona, Salvat, 1930.

POPPER, Karl ... **La Sociedad Abierta y sus Enemigos.**— Bnos. Aires, Paidós, 1967.

RADBRUCH, Gustav ... **Introducción a la Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Roces, W.).— México, F. de C.E., 1955.

RADBRUCH, Gustav ... **Filosofía del Derecho** (4º ed.).— Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1959.

RADBRUCH, G., SCHMIDT, E. y WELZEL, H... **Derecho Injusto y Derecho Nulo.** —(Tr. esp. Rodríguez P., J. M.).— Madrid, Ed. Aguilar S.A., 1971.

RECASENS SICHES, Luis ... **Filosofía del Derecho.**— México, Ed. Porrúa S.A., 1961.

RECASENS SICHES, Luis ... **Tratado General de Sociología.**— México, Ed. Porrúa S.A., 1966.

RECASENS SICHES, Luis . . . **Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "Razonable".**— México, F. de C.E. y UNAM, 1971.

RENARD, Georges. . . **Introducción Filosófica al Estudio del Derecho.**— Bnos. Aires, Ed. Desclee, de Brouwer, 1947.

ROMASHKIN, P. y otros . . . **Fundamentos del Derecho Soviético** (Tr. esp. Echenique, J.).— Moscú, Academia de Ciencias de la URSS, Ed. en Lenguas Ext., 1962.

ROSE, Carolina B. y otros . . . **Sociología, Estudio del Hombre en Sociedad** (Tr. esp. Ortuño, Manuel).— México, UTEHA, 1967.

ROSENTAL, M.M., IUDIN, P.F. y otros . . . **Diccionario Filosófico** (Tr. esp. Vidal R., A.).— Montevideo. Ed. Pueblos Unidos, 1965.

ROSS, Alf. . . . **Sobre el Derecho y la Justicia** (Tr. esp. Carrió, Genaro R.).— Bnos Aires, EUDEBA, 1963.

ROTONDI, Mario . . . **Instituciones de Derecho Privado** (Tr. esp. Villavicencio, Francisco).— Barcelona, Ed. Labor, S.A., 1953.

SANCHEZ, Luis Alberto, LOAYZA, Luis Aurelio y SAAVEDRA PINON, Reynaldo . . . **Breve Noticia de la Fundación y Transformaciones de la Facultad de Filosofía y Letras 1866-1918.**— Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.— 1966.

SANCHEZ, Luis Alberto . . . **La Universidad Actual y la Rebelión Juvenil.**— Bnos. Aires, Ed. Losada, 1969.

SANTERRE, Renaud . . . **El Método de Análisis de las Ciencias Humanas** (Tr. esp. Giacobre, Jorge); en LANTERI-LAURA, G. y otros. . . **Introducción al Estructuralismo.**— Bnos. Aires, Ed. Nueva Visión, 1969.

SARRIA, Eustorgio . . . **Derecho Administrativo.**— Bogotá, Ed. Temis, 1957.

SAYAGUES LASO, Enrique . . . **Tratado de Derecho Administrativo.**— Montevideo, 1953.

SAYAGUES LASO Enrique ... **Distinción entre Personas Públicas y Privadas.**— Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, 1966; artículo incluido en BELAUNDE, Javier de ... **Personas Jurídicas** (Materiales de Enseñanza).— Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

SCHAFF, Adam ... **La Objetividad del Conocimiento a la Luz de la Sociología del Conocimiento y del Análisis del Lenguaje** (Tr. esp. Bastard, N.); en el Proceso Ideológico (Selec. VERON, E.).— Buenos Aires, Ed. Tiempo Contemp., 1971.

SCHELER, Max ... **Universidad y Universidad Popular** (1ª ed. 1921) (Tr. esp. Del Campo, Aníbal); en la Idea de la Universidad en Alemnia, publicación de la Universidad de Montevideo.— Bnos. Aires, Ed. Sudamericana, 1959.

SCHICKEL, Joachim ... **China: Revolución en la Literatura** (Tr. esp. Subirats, Eduardo).— Barcelona, Barral Ed., 1971.

SCHLEIERMACHER, Friedrich ... **Pensamientos Ocasionales sobre Universidades en Sentido Alemán, con un apéndice sobre la Erección de una Nueva** (esc. 1808) (Tr. esp. Rein, Mercedes); en la Idea de la Universidad en Alemania.— Bnos. Aires, Ed. Sudam., 1959.

SCHNEIDER, Friedrich ... **Educación Europea** (Tr. esp. Sánchez, J.L.).— Barcelona, Ed. Herder, 1963.

SERRA ROJAS, Andrés ... **Derecho Administrativo.**— México, Porrúa S.A., 1965.

SERRANO GUIRADO, E. ... **La Notificación de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia.**— Bnos. Aires, Rev. de Adm. Pública, Instit. de Estudios Políticos.

SEREBROSVKI, V. y JALFINA, R. ... **Derecho Civil Soviético;** en Fundamentos del Derecho Soviético, publicado por la Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, bajo la redacción de Romashkin, P. (Tr. Echenique, José).— Moscú, Ed. en Lenguas Extranjeras, 1962.

SOROKIN, Pitirim ... **Sociedad, Cultura y Personalidad** (Tr. esp. Del Campo, A.).— Madrid, Ed. Aguilar, S.A.

SPROTT, W.J.H. ... **Grupos Humanos** (Tr. esp. García Bouza, J.).— Bnos. Aires, Ed. Paidós, 1964.

STARK, Werner ... **Historia de la Economía en su relación con el Desarrollo Social** (Tr. esp. Pimentel, R. y Sobrino, J.M.).— México, F. de C.E., 1961.

STARK, Werner ... **Antecedentes de la Sociología del Conocimiento;** en Historia y Elementos de la Sociología del Conocimiento; selección dirigida por HOROWITZ, Irving Louis. —Bnos. Aires, EUDEBA, 1964.

TEILHARD DE CHARDIN, Pierre . . .**El Fenómeno Humano** (Tr. esp. Crusafont Pairó, M.).— Madrid, Taurus, 1966.

TIMASHEFF, Nicholas ... **La Teoría Sociológica** (Tr. esp. Torner, F.).— México, F. de C.E., 1961.

VALCARCEL, Daniel ... **San Marcos, Universidad Decana de América.**— Lima, 1968.

VERDROSS, Alfred... **Filosofía del Derecho del Mundo Occidental** (Tr. esp. De La Cueva, Mario).— México, UNAM, 1962.

VERON, Eliseo (selección) y varios ... **El Proceso Ideológico.**— Bnos. Aires, Ed. Tiempo Contemporáneo, 1971.

VILLORO, Luis... **El Régimen Legal y la Idea de la Universidad.**— México, UNAM, Deslinde Nº 2, 1972.

WEBER, Max ... **Ensayos sobre Metodología Sociológica** (Tr. esp. Etcheverry, J.L.).— Bnos. Aires, Amorroutu Ed.. 1973.

WEBER, Max ... **Economía y Sociedad** (Tr. esp. varios).— México, F. de C.E., 1964.

WELZEL, Hans ... **Introducción a la Filosofía del Derecho** (Tr. esp. Gonzales Vicen, F.).— Madrid, Aguilar, 1971.

WOLFF, Kurt H... **Contribución a una Sociología del Conocimiento** (Tr. esp. Antognini, A. y otros).— Bnos. Aires, Amorroutu Ed., 1974.

YOUNG, Kimball y MACK, Raymond W. —. **Sociología y Vida Social.**— (Tr. esp. Mateo, A.).— México, UTEHA, 1967.

ZUBIRI, Xavier . . . **Naturaleza, Historia, Dios.**— Bnos. Aires, Ed. Poblet, 1948.

Esta obra se terminó de imprimir el 9 de Setiembre de 1976, en los Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., Reg. Ind. 9796 - Jirón Yauli 1440 - 50, Teléf. 23-2440 Chacra Ríos, Lima - Perú