



De los ECAES, la autonomía universitaria y el Derecho

Hernán Darío Vergara Mesa

Abogado y Magíster en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas, Universidad de Antioquia. Actualmente se desempeña
como Decano de dicha dependencia académica.

Correo electrónico: decanaturaderecho@quimbaya.udea.edu.co

Resumen

El presente artículo realiza un análisis general de la Ley 1324 de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”, para lo cual se abordan, entre otros, asuntos tales como la autonomía universitaria, la evaluación de la educación superior y su tendencia privatizadora, al tiempo que se plantean cuestionamientos respecto de la definición y pertinencia de tales procesos evaluativos. Finalmente, se esbozan unas reflexiones generales alrededor de los exámenes de Estado en el área del Derecho.

Palabras clave: Ley 1324 de 2009, autonomía universitaria, evaluación de la educación superior, ECAES, exámenes de Estado en Derecho.

De los ECAES, la autonomía universitaria y el Derecho

Éste no pretende ser un artículo de análisis jurídico de la reciente Ley 1324 del 13 de julio de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”, aunque puede tener algo de eso, si tenemos en cuenta que los antecedentes de la citada ley necesariamente nos conducen al conflicto entre la autonomía universitaria y las competencias del ejecutivo en el ejercicio de vigilancia de la educación, máxime teniendo en cuenta que ella es producto de una exigencia jurisdiccional por razones de control constitucional.

El propósito, más bien, consiste en aprovechar este nuevo hecho legislativo como un motivo para, por un lado, confirmar la contradictoria realidad colombiana sobre este tema y, por otro, abrir nuevamente la discusión en torno a la pertinencia, conveniencia y viabilidad de la aplicación de los exámenes de Estado en áreas de formación humanística, como el derecho. Por ello, el análisis se ubica en el entorno exclusivo de la educación superior, en cuanto ella es objeto de los Exámenes de Estado.

1. Los contrastes de la autonomía universitaria colombiana

Nunca en Colombia, como ahora, habíamos tenido una proclamación tan clara y contundente de la autonomía universitaria, no sólo desde la perspectiva constitucional, sino también desde la legal y la jurisprudencial. Los mandatos que la Carta Política ha emitido en torno a esta garantía institucional, han sido desarrollados en gran parte por la Ley 30 de 1992, así como también aplicados y complementados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, desde el año 1992, se ha encargado de fijar alcances que la autonomía en general, y la universitaria en particular, tienen en el contexto del derecho nacional.

La autonomía universitaria se ejerce de conformidad con la ley, según los términos del artículo 69 de la Constitución. La Ley 30 de 1992 definió su núcleo, que para el caso de las universidades estatales u oficiales comprende *organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud*.¹ En este punto, el derecho positivo de nuestro país cumplió acertadamente parte de la labor encomendada por el constituyente para salvaguardar la garantía de un acceso al conocimiento en estas instituciones libre de las intromisiones del poder político.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha desarrollado otra parte fundamental en la definición del alcance de la autonomía universitaria que se reconoce en la

¹ Artículo 57 de la Ley 30 de 1992, “*por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”.

Constitución. En múltiples decisiones de control constitucional abstracto, así como también en otras de tutela, la Corte ha clarificado, complementado y corregido la labor del órgano legislativo en esta materia, profundizando aún más el sentido de esta garantía constitucional, ante todo en relación con las universidades oficiales. Son múltiples los casos en donde se observa esta interesante labor jurisprudencial, por lo cual sólo cabe referirse a los tres más importantes:

- i) La categórica defensa de la autonomía e independencia de las universidades oficiales, como instituciones públicas que no se encuentran dentro de la estructura de las ramas del poder público, con lo cual las pone en el plano de los órganos independientes a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución.² Esta es una importante declaración, en la medida en que se descartan los lazos de dependencia (adscripción o vinculación) de estas entidades con el poder ejecutivo, alrededor del cual se les había considerado como una especie de establecimiento público.³
- ii) La declaración de una autonomía universitaria que obra en el plano de lo académico y de lo administrativo. Históricamente, la defensa de esta autonomía se reconocía en el campo estrictamente académico, a partir de las libertades de cátedra e investigación, lo cual garantizaba a la universidad un grado superlativo de autodeterminación en temas como la definición de sus objetivos de formación, planes de estudio, estrategias pedagógicas y metodológicas, evaluación, disciplina, entre otros, la cual, incluso, tuvo consecuencias en el ámbito judicial al abrir la discusión y definición de los llamados “actos académicos”, que al menos el Consejo de Estado aceptó como una actividad pública “incontrolable” por la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁴ estimación que aún hoy se conserva.

La novedad que la Corte introduce consiste en que a esa autonomía académica la acompaña una autonomía administrativa, que garantiza que estas instituciones de educación superior, las que están organizadas como entes universitarios autónomos, tengan plena capacidad para definir sus políticas y su normatividad en materia contractual, presupuestal, fiscal, de salud, disciplinaria y de personal.⁵

² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-220 de 1997*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, abril 29 de 1997.

³ Es importante tener presente que la Ley 30 de 1992 conserva la categoría de establecimiento público para aquellas instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

⁴ Sobre los actos académicos y su relación con la autonomía universitaria, puede consultarse Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. págs. 447-452.

⁵ El derecho a definir sus propias normas en los ámbitos de la carrera administrativa y de lo disciplinario, es muestra evidente de la profundización de la autonomía universitaria a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las sentencias C-560 de 2000 y C-829 de

- iii) La exigibilidad de una reserva de ley en todos aquellos casos en los cuales deba regularse una materia que pueda incidir en la autonomía universitaria.⁶ Esto supone la inviabilidad de los reglamentos provenientes del poder ejecutivo en la definición o afectación de la garantía institucional ya mencionada.

Como se puede observar, la proclamación de la autonomía universitaria ha tenido en el derecho positivo colombiano, durante los años que tiene de vigencia la Constitución actual, un desarrollo que podríamos calificar de formidable. Se han recogido los elementos que históricamente le han pertenecido a la universidad, esto es, los que aluden a su autodeterminación académica (esos mismos que para su aceptación no requirieron durante muchos años una consagración constitucional perentoria), pero a ellos se han sumado una serie de garantías institucionales de orden administrativo, que hacen de la universidad pública colombiana una tipología de entidad estatal descentralizada, con especiales diferencias en el orden organizacional y jurídico, por tanto no susceptible de ser tratada con los derroteros tradicionales aplicables a las demás organizaciones estatales.

Esta realidad jurídica contrasta con hechos legislativos o normativos que empiezan a vislumbrarse desde hace aproximadamente siete años. En este período hemos asistido a un sistemático desmonte del reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria, y para ello no se ha modificado la Carta Política de la cual se han derivado los avances que antes se describieron, sino que más bien ello se ha hecho a partir de la expedición de normas, leyes y decretos del ejecutivo, que de un modo casi imperceptible para la ciudadanía en general, han propiciado vejámenes a tal garantía.

El recuento empieza con la Ley 749 de 2002, a partir de la cual se ha expedido una serie de decretos reglamentarios,⁷ mediante los cuales se establecen unas condiciones mínimas de calidad que deben ser acreditadas por las instituciones de educación superior para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos. Sobre estas normas, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias en las que ha verificado la inconstitucionalidad de no pocas de ellas por afectación de la

2002, respectivamente. Estos dos son ámbitos en los cuales siempre se ha reconocido el carácter soberano del órgano legislativo del Estado en la definición de una normatividad de carácter general.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia T-002 de 1994*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, enero 13 de 1994; *Sentencia C-299 de 1994*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, junio 30 de 1994; *Sentencia C-006 de 1996*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, enero 18 de 1996; *Sentencia C-053 de 1998*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, marzo 4 de 1998; *Sentencia C-782 de 2007*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, septiembre 26 de 2007.

⁷ Entre ellos el Decreto 2566 de 2003.

autonomía universitaria y de la reserva de ley,⁸ lo que ha conducido, entre otras, a la expedición de la Ley 1324 del 13 de julio de 2009 que, se repite, tiene por objeto fijar los “*parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES.*”

No obstante, resulta lamentable la manera cómo las exigencias de la Corte tratan de satisfacerse con esta ley; da la impresión de que la misma fue expedida más por cumplir con la formalidad de que aspectos fundamentales de la educación superior universitaria, como es el caso de la evaluación, sean regulados directamente por el legislador y no por el ejecutivo. Pero en el fondo se trata de lo mismo, la etiqueta es diferente pero el producto es similar, con la ostensible diferencia de que con la nueva ley, las facultades del Gobierno Nacional se amplían y fortalecen respecto de todos los niveles de las pruebas, su concepción, elaboración, aplicación y manejo. En otras palabras, con la nueva ley, no sólo el acomodamiento de las existentes pruebas ECAES es perfectamente posible, sino que su margen de modificación depende de una alta discrecionalidad del ejecutivo, autorizada por el mismo legislador, lo que pone en evidencia un grave riesgo a la autonomía universitaria por cuenta de los órganos administrativos, todo por el indebido cumplimiento de la labor legislativa.

El proceso que se advierte con esta nueva norma es el inverso a la dinámica de la producción normativa estatal, en la que las normas de inferior jerarquía supeditan su contenido y alcance a las normas superiores; aquéllas son el desarrollo de éstas, como parte del proceso de aplicación particular al que tienden todas las normas constitucionales o legales. En este caso, lo que sucede es que el legislador ajustó la norma a los criterios e instrumentos que el Gobierno había diseñado para la evaluación de la educación superior, los cuales se venían aplicando desde hace ya más de cinco años. Esto quiere indicar que el reglamento supeditó el contenido y alcance de la ley, y no al contrario.

2. La Ley 1324 de 2009 y la tendencia privatizadora de la evaluación de la educación superior

Como ya se ha venido indicando, el 13 de julio pasado se expidió la Ley 1324 de 2009. Entre los múltiples detalles que se encuentran en esta norma, hay uno en especial que llama la atención por las implicaciones que tiene para la concepción estatal o no estatal de ciertas tareas que se desprenden del Estado Social de Derecho en un país como Colombia, y que específicamente tienen relación con la educación superior. Y hablo de detalles, porque si damos una mirada general a la

⁸ Precisamente aquellas sentencias que declararon la inconstitucionalidad de los anteriores ECAES y antecedan la expedición de la Ley 1324 de 2009: sentencias C-852 de 2005, C-782 de 2007 y C-162 de 2008.

manera como la citada ley está organizada y presentada, podría pensarse que su objeto principal es la definición de los criterios y parámetros para desarrollar el sistema de evaluación de la calidad de la educación, y que, de paso, se aprovecha para hacer la transformación jurídica y administrativa de un organismo estatal que tiene amplia relevancia en el tema, como es el Instituto Colombiano de Fomento a la Educación Superior -ICFES-.

No obstante, el trasfondo más significativo de la Ley 1324 de 2009 está precisamente en esto último. La transformación de dicho Instituto implica un cambio significativo en la manera como el Estado colombiano concibe la evaluación del servicio público de educación, dentro del que se destaca la educación superior. A partir de la Ley 1324, el ICFES, que era un establecimiento público, se transforma en una “Empresa estatal de carácter social del sector de Educación Nacional”, modalidad de entidad que se asume con una naturaleza especial por recoger diversos regímenes jurídicos, es decir, por moverse entre el derecho público (en materia de actos y empleados) y el derecho privado (en materia de contratación). De ahora en adelante el ICFES es una *empresa*,⁹ y ese dato es muy importante, porque en la teoría de la administración pública la tipología de empresa se utiliza inequívocamente cuando está de por medio una actividad reputada como comercial en la cual incursiona el Estado, pero que por ello mismo no es de su exclusivo resorte o responsabilidad.¹⁰

Debe tenerse en cuenta que en el régimen del sector público las denominaciones organizativas corresponden y deben corresponder a la naturaleza de las funciones que se cumplen, dependiendo de si ellas son o no estatales. La idea de rama ejecutiva, la más compleja de todas las que contempla el Estado colombiano, se cristaliza en una tipología de entidades, con objetos, propósitos y regímenes jurídicos diferentes; por esa misma razón, las modalidades y denominaciones que se asignen a las entidades públicas (establecimiento, empresa, sociedad), están sujetas a la naturaleza de tales actividades, lo cual implica que la utilización de un modelo específico de organismo público está supeditada a la actividad que el mismo está llamado a cumplir dentro de la dinámica estatal. Así por ejemplo, cuando se utiliza la forma de establecimiento público, la actividad que está llamada a desempeñarse allí es de naturaleza administrativa (función administrativa);¹¹

⁹ El fenómeno es muy cercano a lo que sucedió con los establecimientos públicos hospitalarios, que se transformaron en “Empresas Sociales del Estado” a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (artículos 194 a 197)

¹⁰ Tafur Galvis, Álvaro. *La huida de la Administración hacia el Derecho Privado*. En: *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Santafé de Bogotá, 1997. págs. 100-101.

¹¹ El ICFES estaba organizado como un establecimiento público antes de la Ley 1324 de 2009, esto implicaba que tenía el carácter de adscrito al Ministerio de Educación Nacional. La adscripción se ha reconocido como una de las características más importantes de las entidades públicas que cumplen una función administrativa estatal.

cuando se utiliza la forma de empresa industrial y comercial del Estado¹² o de sociedad de economía mixta, la actividad se reputa de naturaleza industrial o comercial. En ambos casos, los regímenes jurídicos y el control son diametralmente opuestos.

Lo anterior lleva a concluir al menos dos cosas. La primera, que la organización, administración y aplicación del Sistema de Evaluación de los resultados de la calidad de la educación, entre ellos el de la educación superior, no tienen un perfil definido en la nueva ley, pues al organismo que, por ahora, le corresponde cumplir estas funciones –el ICFES– se le somete tanto al derecho público como al derecho privado. Y da la impresión de que la indefinición sobre un régimen legal uniforme corresponde, más que a una falta de claridad sobre el tema, al propósito de que los cambios en este sentido sean imperceptibles, por lo que ellos significan privatización de una actividad que se ha considerado estatal.¹³

La segunda, que las características que la misma ley imprime al nuevo ICFES, concretamente las de ser una *empresa vinculada que puede prestar servicios por encargo especial de entidades públicas y privadas, de las cuales deriva ingresos*, permiten confirmar una fuerte tendencia a que la referida actividad no sea estimada más como una función administrativa a cargo del Estado colombiano,¹⁴ sino como una “mercancía” que se vende y se compra, como la prestación de un servicio de índole privado que por ahora el ente estatal está dispuesto a prestar por intermedio del ICFES, pero que por no ser esencial dentro de las tareas públicas, en el futuro puede dejar en manos de particulares.¹⁵

Este trasfondo de la Ley 1324 de 2009 es, por sí mismo, preocupante, pues esto le dará al aludido sistema de evaluación unas connotaciones y unas características difíciles de vislumbrar, pero, ante todo, podría *relajar* todo tipo de control sobre lo

¹² Con la Ley 1324 de 2009, como se dijo, el ICFES pasa a ser una empresa de carácter social; la norma se cuida de calificarla como “empresa industrial y comercial del Estado”, pero cuando el artículo 12 de la Ley alude a que esta empresa de carácter social estará vinculada al Ministerio de Educación Nacional, está ratificando su asimilación sustancial a las empresas industriales y comerciales. La vinculación es un rasgo inequívoco de la estimación mercantil de una actividad. Lo que parece curioso por esta misma razón es que la ley sujete esta entidad, en cuanto a sus actos, al derecho público.

¹³ El fenómeno de la privatización de lo público ha sido tradicionalmente polémico. Sin embargo, se puede aludir a ella sin problemas en aquellos eventos en los que hay traspaso de funciones, servicios o recursos de lo público a lo privado. Ver: Hernández, Pedro Alfonso. *Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá, 1999. pág. 58.

¹⁴ El análisis sería totalmente distinto, si la actividad se siguiera reputando como administrativa, pero se autorizara para su cumplimiento la participación de particulares, pues en dicho caso estaríamos ante la figura de la descentralización por colaboración. Ello ocurre por ejemplo con el servicio notarial.

¹⁵ Manifestación contundente del carácter mercantil del servicio de evaluación que se comenta, está en el artículo 12 de la Ley 1324 de 2009, inciso 2º y en el numeral 2º en el aparte que se refiere a las fuentes de recursos del ICFES.

que allí se realice, toda vez que, mientras una actividad permanezca dentro de la órbita de la función pública, tendrá todas las posibilidades de ser controlada mediante los mecanismos y acciones propias del derecho público en cuanto al cumplimiento de los principios que se estipulan en la Constitución Nacional, en especial los de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Lo que empieza a ocurrir con el sistema de evaluación de la educación superior es otra manifestación de lo que, en los años noventa, algunos denominaron “huída de lo público hacia el derecho privado”, y eso no puede entenderse sino como privatización.

3. ¿Evaluación para quién y para qué?

La revisión integral de la ley permite establecer que en ella no se definen con claridad los objetivos de los exámenes de Estado, esto es, si constituyen instrumentos para evaluar el nivel de los estudiantes universitarios colombianos, como lo indicaban los documentos oficiales del Ministerio de Educación Nacional en vigencia de los ECAES, o son instrumentos para evaluar la calidad de los programas académicos de las distintas universidades del país, como a la postre se ha reflejado ante la opinión pública por los medios de comunicación pero también por el uso que se ha dado a los resultados ECAES por parte del citado Ministerio.¹⁶ Si la pretensión es esta última, habría que decir que hay una duplicidad de esfuerzos y de recursos para obtener objetivos similares, dada la existencia de los procesos de autoevaluación y acreditación institucionales y de programas que establecen las normas legales y que son desarrollados por los mismos organismos del Ministerio de Educación Nacional.

En este punto es importante recalcar que los Exámenes de Estado, de la manera como aparecen concebidos en la nueva ley, van a propiciar posiblemente los mismos efectos que las anteriores pruebas ECAES. Ellas generaron en la opinión pública la idea de que es por su intermedio que se mide la calidad de los programas de educación superior, de tal suerte de que el programa de una universidad de la cual sus estudiantes logren destacarse en dichos exámenes, es presentada como el mejor; y en las mismas universidades esta idea genera la necesidad de trabajar en función de esta prueba, más que en función del obvio *proceso* de formación, que es complejo y que debe medirse, como en efecto se mide, en los procesos de autoevaluación con fines de acreditación, con la ponderación de diversos factores de calidad como los profesores (su vinculación, su experiencia, su nivel de estudios, etc.), planes de estudio, diseños curriculares, capacidad administrativa, física y financiera, selección y administración de los estudiantes, bienestar universitario, investigación, extensión, entre otros. Estos factores no se pueden sopesar en una prueba de aplicación instantánea, con sistemas evaluativos

¹⁶ Ejemplo de este uso, es que ellos son actualmente parte de los indicadores del SUE.

discutibles para muchos campos¹⁷ -los tipo test o de respuesta única- y exclusivamente desde uno solo de los actores de la relación educativa, como son los estudiantes.

Un sistema de evaluación como la que se prevé en los exámenes de Estado puede inducir a las universidades, como en efecto ya ha sucedido, a prácticas perversas desde el punto de vista de su proyecto institucional: es probable que la forma como se están presentado al público (como índice de calidad de las universidades) promueva en muchas de ellas la reducción de sus actividades a la preparación de sus estudiantes para que obtengan un buen rendimiento en ellas. En efecto, las pruebas de Estado que hasta ahora hemos conocido, terminaron generando un ranking de universidades; éste es un mensaje preocupante, en el sentido de propiciar una competencia entre las universidades, que las desvía del verdadero cometido de formación que su misión les exige, enfocando sus esfuerzos en el resultado de una prueba y no en un proceso. De esa manera, para el mismo Gobierno Nacional, a quien le compete la vigilancia de la calidad de la educación, se produce un efecto contraproducente, pues a las universidades y a las facultades les resultará más atractivo preparar a los estudiantes para estas pruebas, que asumir el exigente proceso de autoevaluación y acreditación de alta calidad que, es de suponer, mide de manera integral la realidad, la pertinencia, la capacidad y la competencia de las instituciones para diseñar sus programas, implementarlos y desarrollarlos.

Así las cosas, los fallos emitidos por la Corte Constitucional en diversos momentos, desde la sentencia C-852 del año 2005, pero especialmente en la sentencia C-782 de 2007, destacan la inconstitucionalidad e ilegitimidad de que estas pruebas se desarrollen con base en la exclusiva potestad reglamentaria del Presidente de la República, sin contar con un marco legal definido por el legislador ordinario, para que los instrumentos de evaluación estén conforme con los valores y principios que fundamentan y dan sentido a la autonomía universitaria. Sin embargo, hemos asistido durante seis años a la aplicación de unas pruebas, los ECAES, que mínimamente desde el año 2005, quedaron en entredicho constitucional, de ahí que no se entienda el por qué de su obstinada aplicación a sabiendas de que era necesario para ello una base legal inexcusable que, aparentemente, ahora sí se tiene.

4. La participación como un principio de conducta más que de norma

Dentro de los principios rectores de la evaluación de la educación, la Ley 1324 de 2009 consagra el principio de participación, traducido en términos de promoción de la “*participación creciente de la comunidad educativa en el diseño de los instrumentos y estrategias de evaluación.*”¹⁸

¹⁷ Entre los cuales quiero destacar el campo jurídico.

¹⁸ Artículo 3, Ley 1324 de 2009.

El principio parece ser muy claro y responde, al menos parcialmente, a los mandatos constitucionales sobre la participación, previstos, entre otros, en los artículos 2, 29, 40 y 68 de la Carta Política. Sin embargo, los antecedentes de la efectividad de este principio cuando se encontraban vigentes las pruebas ECAES generan una gran inquietud, y no por razón de que exista una nueva norma el comportamiento gubernativo sobre el particular necesariamente cambiará. Debe recordarse que el proceso de elaboración de las pruebas ECAES, al menos en el área del derecho, siempre se desarrolló sin la participación de las comunidades académicas de las universidades,¹⁹ lo que revela un déficit de participación bastante preocupante. Éste fue un reclamo permanente de muchas universidades antioqueñas, entre ellas la Universidad de Antioquia, que desde el mes de octubre de 2003 solicitaron la participación, e incluso, un debate mucho más amplio sobre el objeto del derecho, sus distintas visiones, sobre los aspectos pedagógicos y evaluativos en el campo jurídico, como aspectos previos a la realización de una prueba que aspire a tener legitimidad entre la comunidad académica y estudiantil. Nunca se obtuvo una respuesta sobre el particular, y por ello es poco probable que la vigencia de la nueva ley corrija esta conducta administrativa.

Cuando hablo de conducta administrativa me refiero a que el problema que hemos tenido en los cinco o seis años de vigencia de los exámenes de Estado, antes conocidos como ECAES, no es de la inexistencia de una norma jurídica que asegure la participación de la comunidad académica. Por supuesto que esta garantía ya estaba presente desde distintos niveles y desde hace muchos años en el ordenamiento colombiano: en el orden constitucional, los ya citados artículos que tienen vigencia desde 1991 y que resultan tan claros o mucho más que la nueva norma legal; en materia de leyes, sólo menciono las reglas que desde el año 1984 tiene previstas el Código Contencioso Administrativo vigente, aplicables a estas actuaciones, y que prevén el llamado a participar en la actuación administrativa a todos aquellos que pudieran ser afectados con la decisión.²⁰ El problema entonces se halla en la eficacia que la administración le imprima a las normas.

Ahora bien, ¿a qué clase de participación está aludiendo la Ley 1324? Dado que se refiere a la participación para el diseño de los instrumentos y estrategias de evaluación, ¿porqué descarta desde el principio la participación de las comunidades académicas en la definición de lo que se debe evaluar, para qué se

¹⁹ Entregarle la elaboración de una prueba a una o dos universidades no asegura necesariamente la participación. En el caso específico de las que se practican en el área del derecho, asignar a una o varias universidades esta elaboración, implica sin lugar a dudas imponer su particular visión del derecho, la que termina imponiéndose en el modo de aplicar la solución jurídica al caso puesto en consideración.

²⁰ Artículo 28. Deber de comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

debe evaluar y por qué se debe evaluar?, toda vez que sólo se refiere al cómo, olvidando que éste termina siendo adjetivo a los verdaderos propósitos de la evaluación; ¿quién, sino la comunidad académica universitaria, puede saber cuáles son los propósitos de la formación, y por lo mismo, determinar qué contenidos, competencias, habilidades o destrezas deben valorarse para que se entiendan cumplidos los objetivos de la educación que se imparte?

En el ámbito universitario,²¹ este principio de la participación termina siendo nuclear en todo el sistema de evaluación que se está concibiendo, porque ese sistema se enfrenta a una garantía institucional, la autonomía universitaria, que otorga el derecho, el privilegio y la competencia, para que sean las universidades las que definan de manera autónoma las prioridades de la formación que brindan, los programas académicos que van a ofrecer y los planes de estudio que los compondrán, las metodologías de enseñanza y aprendizaje que utilizarán y, fundamentalmente, los objetivos que persiguen con sus programas académicos.²² Con la nueva ley, ahora resulta que quien determina qué es lo que se evalúa y cuáles son los objetivos que debieron alcanzar las universidades con sus programas, son agentes, gubernamentales, que no han participado, y por supuesto que no podrían hacerlo, en dicha definición.

En estricto sentido, si la evaluación mediante exámenes de Estado tiene el propósito de determinar si “*se han alcanzado o no, y en qué grado, objetivos específicos que para cada nivel o programa, según el caso, señalan las leyes 115 de 1994 y 30 de 1992 y sus reglamentos, las que las modifiquen o complementen*”,²³ deben ser, entonces, precisamente, las mismas comunidades académicas que los han definido, las llamadas a establecer qué es lo que se debe evaluar. Resulta, por demás, llamativo el hecho de que esta norma intente remitir la evaluación a los objetivos definidos en la Ley 30 de 1992, cuando en ella, evidentemente, esos objetivos de formación, mucho menos los específicos, por niveles o programas no existen. Terminarán siendo los objetivos que para este efecto los reglamentos han establecido, lo que resulta a todas luces inconstitucional, pues los límites o controles a la acción universitaria sólo pueden establecerse mediante ley especial para estos casos.²⁴

²¹ No podría por tanto admitirse hacer equivalente su desarrollo y aplicación al de la educación media.

²² Ver: *Sentencia C-220 de 1997*. “En ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores; señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores; establecer los programas de su propio desarrollo; aprobar y manejar su presupuesto; fijar sobre la base de las exigencias mínimas previstas en la ley, los planes de estudio que regirán su actividad académica, pudiendo incluir asignaturas básicas y materias afines con cada plan para que las mismas sean elegidas por el alumno, a efectos de moldear el perfil pretendido por cada institución universitaria para sus egresados”.

²³ Artículo 7, Ley 1324 de 2009.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-220 de 1997*.

5. Los exámenes de Estado en el área del Derecho

Teniendo en cuenta que el planteamiento que se ha venido haciendo en este artículo se ubica en el ámbito de los programas universitarios, es importante destacar que la Ley 1324 de 2009 deja un gran interrogante en cuanto a las áreas del conocimiento que serán objeto de evaluación. La norma simplemente determina que *“La práctica de los ‘Exámenes de Estado’ a los que se refieren los literales anteriores es obligatoria en cada institución que imparta educación media y superior. Salvo circunstancias excepcionales, previamente definidas por los reglamentos, cada institución presentará tales exámenes a todos los alumnos que se encuentren registrados exclusivamente en el nivel o programa respectivo. Y más adelante dispone que “La presentación de los “Exámenes de Estado” es requisito para ingresar a los programas de pregrado y obtener el título respectivo”*.²⁵

Éste es uno de los puntos en los que se nota un gran déficit de labor legislativa, pues prácticamente difiere al reglamento la posibilidad de determinar en qué casos opera o no la evaluación. Por este hecho, la reserva de ley que debe existir en materia de autonomía universitaria no se cumple, pues no será el legislador quien defina, de acuerdo con las particularidades de cada ciencia, disciplina o profesión, el ámbito de aplicación de la evaluación, y por supuesto que tampoco la manera como ella opera, sino que esto quedará bajo las directrices del reglamento. Eso denota una alta discrecionalidad administrativa en un asunto que no la permite, por lo cual, es de suponer, que ello será objeto de un juicioso estudio de constitucionalidad por parte de la Corte.

De todos modos, posiblemente las áreas de la evaluación se determinarán de acuerdo con la experiencia que durante más de cinco años tuvieron las pruebas ECAES, las cuales incluían como una de las disciplinas evaluables, mediante exámenes tipo test, el derecho.

En el año 2003, los decanos de las facultades de Derecho del Departamento de Antioquia hicieron una serie de consideraciones en relación con los ECAES, que aún hoy conservan plena vigencia, consistentes en que este tipo de pruebas son instrumentos de evaluación que, además de comprometer seriamente la autonomía universitaria, no dan cuenta de la realidad del ejercicio del derecho: éste se soporta en la posibilidad de discutir y argumentar, lo cual va más allá de una única respuesta correcta; se olvida de que los abogados no trabajamos con fórmulas exactas, sino con argumentos que se apoyan en la legislación, en la jurisprudencia y, sobre todo, en principios y en valores. Ninguna de esas herramientas jurídicas, por sí solas, puede proporcionar una solución que pueda considerarse indiscutible. No podemos olvidar que las decisiones jurídicas tienen valor, especialmente, por el ingrediente de poder y legitimación que las soporten,

²⁵ Artículo 7, Ley 1324 de 2009. Subrayas fuera del texto.

y sólo de una manera menor, por el ingrediente de saber que involucran. Si el presupuesto de los exámenes de Estado sigue siendo, como hasta ahora, que hay respuestas correctas en el derecho, y con base en ello se mide la calidad académica de los estudiantes o de los programas, se está olvidando que ese presupuesto ha estado permanentemente en el orden de la discusión científica y jurídica, y no ha logrado, y posiblemente no logrará, satisfacer la serie de cuestionamientos filosóficos y políticos que históricamente se le han hecho.

Sería absurdo pensar, en estos momentos de nuestra cultura jurídica, que el presupuesto de tales pruebas sea el que hace equivalente el derecho con la ley. Un sistema jurídico que funcione sobre la base de una sola respuesta a los problemas, es no sólo cuestionable metodológica y epistemológicamente, sino sospechoso desde el punto de vista político: sería un sistema para respuestas homogéneas y uniformantes, más cercano al autoritarismo que a la democracia. No podemos olvidar el gran papel que cumple la hermenéutica en el derecho, y que su material de trabajo es, por esencia, poroso y equívoco. Afortunadamente, ya estamos lejos de aquella ilusión del “verdadero” sentido de la ley.

En el caso de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, hace muchos años se ha discutido la idoneidad de los exámenes en test para evaluar a los estudiantes. Hemos creído que resultan más confiables otros instrumentos, como las preguntas abiertas, los talleres, la discusión grupal, que consideramos que no sólo permiten apreciar más adecuadamente la capacidad de entendimiento y razonamiento de los estudiantes, sino que los forme en una idea menos individualista y competitiva del derecho, promoviendo con ello, en los egresados, un mayor compromiso social.

Considero que es una intervención indebida del Estado, y propiamente del poder ejecutivo, en la autonomía universitaria, porque de una manera indirecta, pero bastante efectiva, lesiona la competencia que constitucionalmente se otorga a las universidades para autodeterminarse académicamente. Ello en razón de que cada institución de educación superior, precisamente por esa autonomía, puede estructurar sus proyectos educativos de acuerdo a su contexto, sus propios objetivos, sus modelos pedagógicos, que finalmente van a ser negados al someter a todos los estudiantes del país a una evaluación uniforme, que desconoce las particularidades de cada institución. La formación diversa no implica que haya una formación deficiente y que sus egresados no salgan preparados para asumir con competencia, y de una forma ética, el ejercicio de la profesión en los diferentes campos profesionales.

En su momento, los decanos de las Facultades de Derecho de Antioquia expresaron, no sin razón, de que en los ECAES no se trata de indagar por aquello que se debe saber, sino más bien por aquello que gubernamentalmente se tiene

que conocer, lo que de contera implica una seria amenaza para el engrandecimiento de la profesión jurídica en el país.

En definitiva, es discutible que esta prueba mida realmente la calidad de la educación en las facultades de derecho; ya se han expresado las razones, pero en general, porque los buenos abogados no se evalúan por lo que puedan responder ante un test, sino por la capacidad que tienen para manejar situaciones conflictivas y de adaptarse a ellas de tal manera que puedan darle una solución adecuada y conforme con el ordenamiento jurídico, independientemente del rol que en cada caso cumpla en la sociedad. Pero, además, tendría que decir que un buen abogado no es el que más normas sepa, sino aquél que es capaz de enfrentarse con problemas y normatividades desconocidas y pueda encontrar la solución de los problemas que se le plantean.

Referencias bibliográficas

Congreso de la República. Ley 30 de 1992, “*por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”.

_____ Ley 1324 de 2009, “*Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES*”.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-299 de 1994*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, junio 30 de 1994.

_____ *Sentencia T-002 de 1994*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, enero 13 de 1994.

_____ *Sentencia C-006 de 1996*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, enero 18 de 1996.

_____ *Sentencia C-220 de 1997*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, abril 29 de 1997.

_____ *Sentencia C-053 de 1998*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, marzo 4 de 1998.

_____ *Sentencia C-560 de 2000*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, mayo 17 de 2000.

_____ *Sentencia C-829 de 2002*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, octubre 8 de 2002.

_____ *Sentencia C-852 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, agosto 17 de 2005.

_____ *Sentencia C-782 de 2007*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, septiembre 26 de 2007.

_____ *Sentencia C-162 de 2008*. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá, febrero 21 de 2008.

Hernández, Pedro Alfonso. *Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá, 1999. pág. 58.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

Tafur Galvis, Álvaro. *La huida de la Administración hacia el Derecho Privado*. En: *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Santafé de Bogotá, 1997. págs. 100-101.