

Open Research Online

The Open University's repository of research publications and other research outputs

Teaching legal ethics at the open university – avoiding the pitfalls of formalism

Journal Item

How to cite:

McFaul, Hugh (2015). Teaching legal ethics at the open university – avoiding the pitfalls of formalism. *Revista Bio Ciencias*, 3(2) (Supl 2) 20-25.

For guidance on citations see [FAQs](#).

© [not recorded]

Version: Version of Record

Link(s) to article on publisher's website:

<http://revistabiociencias.uan.edu.mx/index.php/BIOCIENCIAS/issue/view/Vol%203%2C%20No.%202%20Supl>

Copyright and Moral Rights for the articles on this site are retained by the individual authors and/or other copyright owners. For more information on Open Research Online's data [policy](#) on reuse of materials please consult the policies page.

oro.open.ac.uk



Teaching legal ethics at the open university – avoiding the pitfalls of formalism¹

Enseñanza de la ética jurídica en la universidad abierta - Evitando las trampas del formalismo¹

Hugh McFaul

The Open University,
Walton Hall, Milton Keynes, MK7 6AA, United Kingdom.
Phone: + 44 (0) 161 956 6868. E-mail: h.j.mcfaul@open.ac.uk

TEACHING LEGAL ETHICS AT THE OPEN UNIVERSITY - AVOIDING THE PITFALLS OF FORMALISM

This paper will reflect on some of the pedagogical and philosophical issues that arise when teaching ethics to law students. It will begin by explaining the demands made by the legal professional bodies regarding the teaching of legal ethics in England and will outline how legal ethics is currently taught on the undergraduate law degree programme at the Open University. It will consider the impact of formalism on the ethical education of law students. It will conclude by suggesting that a virtue ethics approach to teaching legal ethics may be a suitable model for teaching legal ethics in a distance learning setting.

PROFESSIONAL CONTEXT

Training to qualify as a lawyer in the English legal system is a two stage process. The academic stage involves studying for an undergraduate law degree, or a post graduate diploma, followed by the professional stage. The professional stage comprises one year vocational training and one or two years supervised professional practice; one year to practice as a barrister and

¹ This essay is based on the presentation delivered at the Autonomous University of Nayarit, in Tepic, Nayarit, Mexico in June 2014 during the 'Development of Ethics Education in Universities' Workshop funded by the Research Links Programme run by the British Council and the National Council for Science and Technology (CONACYT) in Mexico.

ENSEÑANZA DE LA ÉTICA JURÍDICA EN LA UNIVERSIDAD ABIERTA – EVITANDO LAS TRAMPAS DEL FORMALISMO

Este trabajo reflexionará sobre algunas de las cuestiones pedagógicas y filosóficas que surgen al enseñar Ética a los estudiantes de Derecho. Comenzaré por explicar la demanda educativa realizada por los organismos profesionales legales con respecto a la enseñanza de la ética jurídica y se delinearé cómo actualmente se enseña la ética legal en el programa de licenciatura en Derecho de pregrado en la Universidad Abierta. Se tendrá en cuenta el impacto del formalismo jurídico en la formación ética de los estudiantes de Derecho. Concluiré, sugiriendo que una ética de la virtud se acerca a la enseñanza de la ética jurídica y que puede ser un modelo adecuado para la enseñanza de la ética jurídica en un entorno de aprendizaje a distancia.

CONTEXTO PROFESIONAL

La capacitación para calificar como abogado en el sistema legal Inglés es un proceso de dos etapas. La etapa académica implica el estudio de un grado en la carrera de Derecho, o de un título de postgrado, seguido de la etapa profesional. La etapa profesional comprende la formación profesional de uno o dos años bajo la supervisión práctica profesional; un año para ejercer la profesión de abogado y

¹ El presente ensayo es una versión en español del manuscrito en idioma Inglés, titulado: "Teaching legal ethics at the Open University", que se basa en la presentación expuesta en la Universidad Autónoma de Nayarit, en Tepic, Nayarit, México, durante el mes de Junio de 2014, durante el desarrollo del taller 'Desarrollo de Educación en Ética dentro de Universidades', financiado a través del Programa Researcher Links del Consejo Británico y el Consejo de Ciencia y Tecnología CONACYT en México. Este ensayo fue traducido por María de Jesús Medina Arellano y Yessica Paloma Báez Benítez.

two years as a solicitor. The teaching of legal ethics as a discrete subject is not mandatory at the academic stage of training. As a result, university degree programmes do not routinely offer legal ethics courses at an undergraduate level. The explicit teaching of ethics, including understanding the obligations present in the relevant professional codes of conduct, is covered as part of the professional stage of training.

This position has been subject to review by The Legal Education and Training Review (LETR) (Webb et al, 2013) which was an independent report commissioned by the regulatory bodies of the legal professions in the English legal system. The report recommends that there should be an increased emphasis on legal ethics during the academic stage of training but does not go so far as demanding the explicit and compulsory teaching of legal ethics courses at this stage. It states that:

“The learning outcomes at initial stages of [legal education] should include reference (as appropriate to the individual practitioner’s role) to an understanding of the relationship between morality and law, the values underpinning the legal system, and the role of lawyers in relation to those values.”(Webb et al, 2013, 287)

INSTITUTIONAL CONTEXT

The Open University was conceived as being the ‘University of the Air’ by Harold Wilson in 1963 and was given its current motto of being open as to people, places, methods and ideas by its first Chancellor Lord Crowther in 1969. So in practice this means that the Open University is open in the sense that students do not require any prior qualifications before beginning their degree level studies. Teaching is provided at a distance via a range of online and printed material. In addition to the educational material produced by the University, students receive individual support from a tutor who provides feedback on assignments, is available to answer academic queries and who facilitates a number of optional online and face to face tutorials during the module.

THE CURRENT APPROACH TO TEACHING LEGAL ETHICS AT THE OPEN UNIVERSITY

The Open University is currently the largest provider of distance learning legal education in the UK

dos años como litigante. La enseñanza de la ética jurídica es una materia opcional, no es obligatoria en la etapa académica de formación. Como resultado, las enseñanzas universitarias no ofrecen habitualmente cursos de ética legales a nivel de pregrado. La enseñanza explícita de la ética, incluyendo la comprensión de las obligaciones presentes en los códigos profesionales de conducta pertinentes, se cubre como parte de la etapa profesional de la formación.

Esta posición ha sido objeto de escrutinio por la Revisión de la Educación y Formación Jurídica (LEtr) (Webb, 2013), mismo que fue un informe independiente encargado por los organismos reguladores de las profesiones jurídicas en el sistema legal Inglés. El informe recomienda que debe haber un mayor énfasis en la ética jurídica durante la etapa académica de la formación, pero no se debería ir tan lejos como para exigir la enseñanza explícita y obligatoria de los cursos de ética legal en esta etapa. Establece que:

“Los resultados de aprendizaje en las etapas iniciales de la [educación legal] deben incluir referencia (según corresponda al papel del profesional individual) a la comprensión de la relación entre la moral y el Derecho, los valores que sustentan el sistema legal, y el papel de los abogados en relación con esos valores.”(Webb et al 2013, p. 287)

CONTEXTO INSTITUCIONAL

La Universidad Abierta fue concebida como la ‘Universidad del Aire’ de Harold Wilson en 1963 y se le dio su lema actual de ser abierta en cuanto a personas, lugares, métodos e ideas por su primer canciller Señor Crowther en 1969. Así que, en la práctica esto significa que la Universidad Abierta, es abierta en el sentido de que los estudiantes no requieren ninguna preparación previa antes de comenzar sus estudios a nivel de grado. La enseñanza se presta a distancia a través de una gama de material en línea e impreso. Además del material educativo producido por la Universidad, los estudiantes reciben apoyo individual de un tutor que proporciona información sobre las tareas, está disponible para responder a las consultas académicas y que facilita un número telefónico, en línea o bien cara a cara, como opciones tutoriales durante el módulo.

EL ENFOQUE ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA LEGAL EN LA UNIVERSIDAD ABIERTA

La Universidad Abierta es actualmente el mayor proveedor de educación a distancia en educación legal en el Re-

with 6000 registered students. The method of delivery follows the model of open distance learning outlined above including a mixture of online materials, videos and interactive exercises. Synchronous tuition is provided by a mix of face to face and online tutorials and asynchronous tuition by online message boards. In addition students will receive feedback on five assignments for each of the six undergraduate modules.

The current approach is to integrate ethics teaching throughout the degree by taking the opportunity to explore the ethical issues that arise when exploring other legal issues. In this way the approach follows the recommendation of LETR, outlined above. However there is an exception to this approach in the level 1 (first year undergraduate) module which introduces themes in the philosophy of law and directly addresses the topic of morality and law as well as law and justice. Here students will explore philosophical approaches to the relationship between law and morality and examine alternative conceptions of the nature of justice and consider the extent to which the delivery of justice is the business of the law.

So in summary the Open University approach to teaching ethics to law students is largely to integrate it into the undergraduate law curriculum and deal with ethical issues as they arise. As yet, there is no discrete legal ethics course.

THE CHALLENGE OF FORMALISM TO TEACHING LEGAL ETHICS

In order to successfully integrate the teaching of ethics into the undergraduate law curriculum the challenge of the formalist approach to legal rules needs to be met. I will outline what is meant by formalism in this context and the nature of the challenge it presents to the integrated model of teaching legal ethics.

McBarnet and Whelan (1991) offer the following definition:

"Although the term formalism has been used in divergent ways, at its heart 'lies the concept of decision making according to rule,' rule implying here that the language of a rule's formulation - its literal mandate - be followed, even when this ill serves its purpose." (p.849)

They argue that when this approach to the application of legal rules is also applied to moral rules it can result in a particular legalistic *ethical* attitude, McBarnet and Whelan argue that:

ino Unido con 6,000 alumnos matriculados. El método de enseñanza sigue el modelo de educación abierta a distancia, que se indicó anteriormente, incluyendo una mezcla de materiales en línea, videos y ejercicios interactivos. La matrícula sincronizada o mixta, proporciona una mezcla de tutoriales, cara a cara y en línea, y la matrícula asincrónica a través de mensajes en línea. Además los estudiantes recibirán retroalimentación sobre cinco tareas para cada uno de los seis módulos de pregrado.

El enfoque actual es la integración de enseñanza de la ética en toda sentido amplio, se tiene la oportunidad de explorar las cuestiones éticas que surgen al explorar distintas cuestiones legales. De esta manera, el enfoque sigue la recomendación de LEtr, descrito anteriormente. Sin embargo, existe una excepción a este enfoque en el módulo de nivel 1 (primer año de licenciatura) que introduce temas de Filosofía del Derecho y directamente aborda el tema de la moral y el Derecho, así como la Ley y la Justicia. Aquí los estudiantes explorarán enfoques filosóficos a la relación entre el Derecho y moral y examinan las concepciones alternativas de la naturaleza de la justicia y consideran el grado en que la administración de justicia es el objetivo de la ley.

Así que en resumen, el enfoque de la Universidad Abierta para enseñar ética a estudiantes de Derecho es, en gran medida, su integración en el plan de estudios de pregrado y hacer frente a los problemas éticos que puedan surgir. Hasta ahora, no hay ética jurídica oculta.

EL RETO DEL FORMALISMO PARA LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA JURÍDICA

Con la finalidad de integrar con éxito la enseñanza de la ética en la currícula de leyes en pregrado, tenemos que abordar el reto que implica el enfoque formalista sobre las normas legales que hay que cumplir. Voy a describir lo que se entiende por el formalismo en este contexto y la naturaleza del desafío que representa para el modelo integrado de enseñanza de ética jurídica. McBarnet y Whelan (1991) ofrecen la siguiente definición:

"Aunque el término formalismo se ha utilizado en formas divergentes, en el centro se encuentra el concepto de la toma de decisiones de acuerdo con la norma, "la regla que se implica aquí es que el lenguaje para la formulación de una regla -su mandato literal-- ser seguido, incluso cuando está cumple su propósito. (p.849)"

Argumentan que cuando este enfoque para la aplicación de las normas jurídicas también se aplica a las normas

“Legalism as an ethical attitude has been described as the operative outlook of the legal profession: moral conduct is a matter of rule following, and moral relationships consist of duties and rights determined by rules.” (p.849)

Where moral conduct is reduced to a matter of rule following then a practice of creative compliance can follow.

“Creative compliance uses formalism to avoid legal control... The combination of specific rules and an emphasis on legal form and literalism can be used artificially, in a manipulative way to circumvent or undermine the purpose of regulation.” (p.849)

Arguably this can be seen in the behaviour of tax professionals who engage in creative compliance in order to circumvent the purpose and intended reach of tax legislation. This question has come to the fore in the UK since the financial crash of 2008 where there has been increasing public concern regarding the tax avoidance strategies of wealthy individuals and multinational corporations. A 2013 Report by the House of Commons Public Accounts Committee ‘*Tax avoidance: the role of large accountancy firms*’ suggested that the four large accountancy firms routinely sold tax avoidance schemes to clients which would have only a 50% chance of being found lawful if the legality of the scheme were to be challenged by the Inland Revenue at a tax tribunal. This example of the creative compliance of tax lawyers displays the ethical approach of formalism, where as long as the behaviour is not technically unlawful then neither is it considered unethical.

Therefore the challenge presented by formalism for the teaching of legal ethics is to make students aware of the dangers of taking a narrowly legalistic approach to legal ethics. This can be achieved by considering how the substantive law is taught and by encouraging students to think critically and creatively about legal rules and to contextualize legal principles. If a legalistic approach pervades the teaching of legal rules then it may be all the more difficult for students to avoid taking a similar approach to legal ethics. In addition it may be helpful to consider an alternative approach to teaching legal ethics that avoids focusing on rule following. I will outline one possible approach to doing this below.

morales, esto puede dar lugar a una particular actitud ética legalista, McBarnet y Whelan argumentan que:

“El legalismo como una actitud ética ha sido descrito como el punto de vista operativo de la abogacía: la conducta moral es un asunto de seguir a la regla, y las relaciones morales consisten en deberes y derechos determinados por las reglas. (p.849)”

Cuando la conducta moral se reduce a una cuestión de seguir la regla, luego una práctica de cumplimiento creativo puede seguir a ella.

“El cumplimiento creativo utiliza al formalismo para evitar el control legal... La combinación de reglas específicas y un énfasis en la forma jurídica y la literalidad se pueden utilizar artificialmente, de una manera manipuladora para eludir o socavar el propósito de la regulación. (p.849)”

Podría decirse que esto se puede ver en el comportamiento de profesionales fiscalistas que se involucran en el cumplimiento creativo con el fin de eludir el propósito y alcance de la intención de la legislación fiscal. Esta cuestión ha pasado a primer plano en el Reino Unido desde la crisis financiera de 2008, donde ha habido una creciente preocupación pública sobre las estrategias de evasión fiscal de los individuos ricos y las corporaciones multinacionales. Un informe, de 2013, de la Cámara de los Comunes del Comité de Cuentas Públicas ‘*Evasión fiscal: el papel de las grandes empresas de contabilidad*’ sugiere que las cuatro grandes empresas de contabilidad venden rutinariamente los mecanismos de evasión de impuestos a clientes que tendrían sólo un 50% de posibilidades de ser encontrados lícitos si la legalidad del régimen fuera inspeccionado por la Agencia Tributaria en un tribunal fiscal. Este ejemplo del cumplimiento creativo de abogados fiscales muestra el enfoque ético del formalismo, donde siempre que la conducta no es técnicamente ilegal entonces tampoco es considerada no ética.

Por lo tanto el desafío presentado por el formalismo para la enseñanza de la ética jurídica es hacer que los estudiantes tomen conciencia de los peligros de tomar un enfoque estrictamente legalista de la ética jurídica. Esto se puede lograr al considerar el cómo se enseña el Derecho sustantivo y motivando a los estudiantes a pensar de manera crítica y creativa sobre las normas legales y de contextualizar los principios legales. Si un enfoque legalista impregna la enseñanza de las normas jurídicas, entonces puede ser aún más difícil para los estudiantes evitar la adopción de un enfoque similar a la ética jurídica. Además, puede ser útil considerar un enfoque alternativo a la enseñanza de la ética legal que pueda evitar centrarse en sólo seguir las reglas. En adelante, esbozaré un enfoque de cómo hacer esto.

VIRTUE ETHICS

A commonly held view of the nature of ethics education is to teach students ethical principles that can guide them to act in an ethical manner. So, for law students, they should be taught rules that will guide their behaviour so that they will behave ethically during their professional life as a lawyer.

However there is a danger that providing students, and especially law students, with a set of ethical rules or principles to follow will result in a formalistic approach to ethics as outlined above. An alternative approach to teaching ethics is offered by virtue ethics, which focuses on developing a virtuous character rather than rule following. Virtue ethics stems from Aristotle's *Nicomachean Ethics* but as Chappell (2014) argues there has been a renewed interest in this approach pioneered by philosophers such as Philippa Foot, Elizabeth Anscombe and Alasdair MacIntyre.

The question of whether virtue can be taught to law undergraduates, or indeed any undergraduates, is one with an ancient pedigree and was discussed by Socrates in the *Meno*. Indeed, this issue was raised during our workshop and some delegates questioned the idea that any university course of study could teach a student to behave morally if her family, friends, school and community had not succeeded over the course of her lifetime.

However, Hartmann (2006, p.68) considered virtue ethics in the context of teaching ethics to business students and argues that virtue ethics is a promising model for teaching ethics. He suggests that relying on teaching students ethical rules or principles to guide their behaviour is self-defeating as moral principles are often vague and conflicting and are therefore not, in fact, action guiding at all. Hartmann (2006, p.69) argues that virtue ethics can provide a suitable approach to the ethical education of business students, 'My claim is that a business ethics course can improve students' character by helping them think critically about their values and realize them in practice.'

There is insufficient space in this brief presentation to consider fully how virtue ethics could be used to teach legal ethics to distance learning law students at the Open University.¹ However, I suggest that a virtue ethics approach

¹ See Amy Gutmann, *Can Virtue be Taught to Lawyers?* (1993) 45 *Stanford Law Rev* 1759 for a comparative discussion of virtue ethics in legal ethics teaching. For a critical examination of the role virtue ethics can play see Tim Dare, *Virtue Ethics and Legal Ethics* (1998) 28 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 141.

ÉTICA DE LA VIRTUD

Un punto de vista común de la naturaleza de la educación ética es enseñar a los estudiantes los principios éticos que puedan guiar su actuar de una manera ética. Así, para los estudiantes de Derecho, se les debe enseñar las reglas que guiarán su comportamiento para que se comporten éticamente durante su vida profesional como abogado.

Sin embargo, existe el peligro de que proporcionar a los estudiantes, y en especial los estudiantes de Derecho, con un conjunto de reglas o principios éticos a seguir se traducirá en un enfoque formalista de la ética como se indicó anteriormente. Un enfoque alternativo para la enseñanza de la ética es ofrecido por la ética de la virtud, que se centra en el desarrollo de un carácter virtuoso en lugar de seguir reglas. La Ética de la virtud se deriva de la Ética a Nicómaco de Aristóteles, pero como Chappell (2014) argumenta ha existido un renovado interés en este enfoque iniciado por los filósofos como Philippa Pie, Elizabeth Anscombe y Alasdair MacIntyre.

La cuestión de si la virtud puede ser enseñada a los estudiantes Derecho, o de hecho a cualquier estudiante de pregrado, es un asunto antiguo y fue discutido por Sócrates en el *Menón*. De hecho, esta cuestión se planteó durante nuestro taller y algunos participantes cuestionaron la idea de que cualquier curso universitario de estudio podría enseñar a un estudiante a comportarse moralmente si su familia, amigos, escuela y comunidad no lo habían conseguido a lo largo de su vida.

Sin embargo, Hartmann (2006, p.68) considera a la Ética de las virtudes en el contexto de la enseñanza de la ética a estudiantes de negocios y argumenta que la Ética de la virtud es un modelo prometedor para la enseñanza de la ética. Él sugiere que depender de enseñar a los estudiantes las normas o principios éticos que orienten su comportamiento es contraproducente como lo son los principios morales, a menudo vagos y contradictorios, por lo que no son, de hecho, guías para la acción en absoluto. Hartmann (2006, p.69) sostiene que la Ética de la virtud puede proporcionar un enfoque adecuado a la educación ética de los estudiantes de negocios, «Mi tesis es que la ética de un negocio de golf puede mejorar a los estudiantes el carácter, ayudándoles a pensar críticamente acerca de sus valores y que se den cuenta en la práctica.»

No hay suficiente espacio en esta breve presentación para considerar plenamente cómo se podrían utilizar la Ética de la virtud para enseñar Ética legal en el aprendizaje a distancia para los estudiantes de Derecho en la Universidad Abierta. Sin

may be especially useful in the context of providing ethics education to law students. Focusing on developing character rather than on rule following does have the virtue of seeking to avoid the legalistic approach to moral issues that has been described as the operative outlook of the legal profession. Such an approach is consistent with the recommendations of the Legal Education and Training Review.

embargo, sugiero que un enfoque de Ética de la virtud puede ser especialmente útil en el contexto de la prestación de la educación en ética para los estudiantes de Derecho. Centrándose en el desarrollo del carácter, más que en sólo seguir las reglas, la ética de la virtud tiende a tratar de evitar el enfoque legalista sobre las cuestiones morales que se han descrito como la perspectiva operativa de la profesión legal. Este enfoque es consistente con las recomendaciones de la LEtr.

REFERENCES / LITERATURA CITADA

- Boon, A., Webb, J. 2008. Legal education and training in England and Wales: Back to the future. *Journal Legal Education*, 58 (1): 79-89.
- Hartman, E. M. 2006. Can we teach character? An Aristotelian answer. *The Academy of Management Learning and Education*, 5(1): 68-81.
- HOC (House of Commons). 2013. Report of the Public Accounts Committee -Tax avoidance: the role of large accountancy firms. En: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/870/870.pdf> última consulta: 1 de enero de 2014.
- McBarnet, D., Whelan, C. 1991. The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control. *The Modern Law Review*, 54 (6): 848-873.