

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI

# FILOSOFIA DEL DERECHO

© AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Alameda 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción Nº 121.212, año 2001  
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición  
en el mes de junio de 2015

IMPRESORES: Editora e Imprenta Maval Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1360-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Por su parte, y tratándose ahora de la ciencia jurídica y del papel de los juristas, Carlos Peña es de parecer que la ciencia jurídica que se cultiva en Chile carece del vigor necesario para optimizar el sistema normativo y a la vez limitar la arbitrariedad en la producción de decisiones normativas. Según Peña, la dogmática jurídica, como una disciplina argumentativa y práctica, consciente de las importantes funciones que ella cumple, "halla en nuestro medio por su ausencia. En vez de ella, suele producirse algo más cercano a la glosa, es decir, algo más apegado al tradicional comentario exegetico, pero que carece de la consistencia argumentativa y pública de la dogmática".

Por otra parte, "la inexistencia de una comunidad profesional e independiente de juristas incide, entonces, en la mala calidad del derecho y en la mala calidad de la política. Donde no hay ciencia jurídica, como ocurre en nuestro país, existe un medio conceptualmente flojo que no ofrece resistencia ni a las más absurdas decisiones".

Por nuestra parte, y aludiendo a la enseñanza del derecho, reparamos también en la extrema debilidad de una genuina comunidad científica en torno a la enseñanza y a la investigación jurídica, con el resultado de una investigación muy escasa y de una enseñanza jurídica que queda preferentemente en manos de abogados y jueces que dedican algunas horas de la semana a impartir docencia en los más de 40 programas de pregrado en derecho que se ofrecen en el país y en la que se privilegia ante la memoria que la inteligencia jurídica.

Por lo mismo —sostuvimos en ese reportaje—, haríamos bien en volver sobre el tema de la enseñanza del derecho, tanto a nivel de pregrado como de posgrado, aunque para preguntarnos no sólo sobre los métodos (*cómo* estamos enseñando derecho) sino por la cuestión de los contenidos (*qué* estamos enseñando como derecho). Pero para eso los profesores necesitamos una autocritica y dejar de lado el talante conservador y por momentos autoritario que nuestros alumnos nos reprochan a veces con razón.

Todo cuanto se dijo en ese reportaje anticipa algunas de las hipótesis que sobre nuestra cultura jurídica interna exponemos a continuación.

## VI. Ocho hipótesis sobre la cultura jurídica chilena interna

Antes de comenzar, quiero dejar constancia de mis agradecimientos a los profesores Enrique Barros, Jorge Correa, Andrés Cimero, Edmundo Fuenzalida, Joaquín García-Huidobro, Alejandro Guzmán, Manuel Manson, Hernán Montecalgre, Antonio Pedrals, Carlos Peña, Lautaro Ríos, Pablo Rodríguez, Pablo Ruiz-Tagle y Aldo Valle, quienes tuvieron la gentileza de responder a mis preguntas en esta parte, sobre todo en lo que concierne a la sexta de las hipótesis que siguen.

Comunicaciones personales que me hicieron llegar algunos de esos mismos autores, con ocasión de la preparación de este libro, fueron mencionadas en el precedente N° V de este capítulo.

### *Primera hipótesis*

#### ACERCA DE LA IDEA O CONCEPTO DE DERECHO

Entre los operadores jurídicos nacionales predomina la idea de que el derecho es una realidad normativa, esto es, un conjunto de normas que rigen en un lugar y tiempo determinados.

A su vez, las normas, en general, se entienden como prescripciones, vale decir, como enunciados que provienen de una autoridad normativa, que se dirigen a sujetos normativos que deben cumplirlos, y que añaden una sanción o consecuencia desfavorable para el caso de incumplimiento.

Por otra parte, la especificidad de las normas jurídicas suele verse en el carácter coactivo de éstas, o sea, en la legítima posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de las normas o la imposición de la consecuencia desfavorable que éstas hubieren previsto para el caso de incumplimiento.

Lo anterior importa una triple reducción. Por una parte, se mira al derecho en dimensión exclusivamente normativa, con omisión o insuficiente atención por las dimensiones fácticas y valorativas del fenómeno jurídico. Seguidamente, se adopta una concepción normativa que descuida o no presta suficiente atención a estándares jurídicos que no son normas, o que no operan propiamente como tales, como es el caso de los principios.

Y, por último, se opera sobre la base de una idea de las normas como prescripciones. Lo cual dificulta la comprensión de enunciados que aparecen muy explícitamente en todo ordenamiento jurídico y que no funcionan como prescripciones, tales como aquellos que otorgan competencias normativas, definen conceptos o derogan o interpretan normas.

En cuanto a lo primero, lo que se quiere decir es que en nuestro medio predomina una visión unidimensional del derecho, que considera a éste, exclusiva o acaso preferentemente, como un modelo o esquema normativo para el comportamiento humano, vale decir, como un deber ser al que sujetos imperados y jueces tienen que ajustar sus conductas y decisiones, omitiéndose o descuidando la atención hacia componentes fácticos y valorativos del fenómeno jurídico.

De este modo, pensar en el derecho equivale a pensar en un conjunto de estándares que establecen lo que *debe ser* y no en algún tipo de fenómeno que concierne a lo que efectivamente *es* (hechos) o a lo que *debería ser* (valores o valoraciones).

Tocante a lo segundo, entre tales estándares sólo se conlleva a las normas jurídicas o se confiere a éstas una incontestable preeminencia, restándose valor, o dejando definitivamente de lado, a otros estándares jurídicos de importancia, como en el caso de los principios.

De este modo, al reduccionismo que significa ver al derecho sólo como un conjunto de estándares, se suma el que consiste en creer que los únicos estándares jurídicos son las normas jurídicas.

Y en cuanto a lo tercero, al operarse con una idea de las normas como prescripciones, esto es, como un tipo de enunciados que alientan da para influir en el comportamiento de otro bajo la amenaza de un castigo, se carece de una explicación suficiente, o se le reduce simplemente al esquema de las normas, de aquellos enunciados, presentes en todo ordenamiento jurídico, y que cumplen funciones bien distintas a la de influir en el comportamiento de alguien bajo la amenaza de una sanción, tales como otorgar competencias para producir normas, definir conceptos, permitir comportamientos, interpretar normas, definir la validez de éstas.

Como se sabe, en todo ordenamiento jurídico evolucionado hay algo más que prescripciones, o sea, hay algo más que reglas de deber u obligación que establecen cómo deben conducirse las personas. En todo ordenamiento jurídico hay enunciados que distribuyen

competencias para introducir nuevas normas y para modificar o derogar las ya existentes. En todo ordenamiento jurídico hay normas que definen determinados conceptos relevantes. En todo ordenamiento jurídico, además de prohibiciones y de mandatos, hay permisiones que los sujetos normativos pueden aprovechar en su favor. En todo ordenamiento jurídico, en fin, hay enunciados que al establecer el significado de normas, o que al clausurar la validez de éstas, cumplen funciones interpretativas o derogatorias de normas y nada tienen que ver con la imposición o prohibición de determinadas conductas bajo la amenaza de una sanción.

A los enunciados que cumplen funciones como esta, Kelsen les llama "normas jurídicas *no independientes*", puesto que su existencia en un ordenamiento jurídico sólo cobra sentido por referencia a las normas *independientes* de éste, o sea, a las normas de deber u obligación.

De este modo, a los dos reduccionismos antes apuntados —el derecho es un conjunto de estándares y no hay más estándares jurídicos que las normas jurídicas—, se añade un tercero, que es el resultado de operar con una noción de norma equivalente a la de prescripción, y que se traduce en que enunciados jurídicos de importancia, pero que no son prescripciones o que no funcionan como tales, son tratados como si fueran normas o dejados sin ninguna explicación plausible acerca de su especificidad y características.

En otras palabras: predomina en nuestros operadores jurídicos una idea del derecho como conjunto de normas, como si éstas, entendidas como prescripciones, dieran cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico agotaran la comprensión que se puede alcanzar de éste.

#### *Segunda hipótesis*

#### EN RELACION CON LAS FUENTES DEL DERECHO

Con respecto a las fuentes del derecho, esto es, a la cuestión de los métodos de producción de las normas jurídicas y de los contextos donde es posible localizar e identificar tales normas, así como al modo como las fuentes del derecho se ordenan desde un punto de vista jerárquico, prevalece la idea que considera a la ley como la suprema fuente del derecho, entendida la palabra ley en sentido amplio, esto es, como sinónimo de legislación

y no simplemente de ley ordinaria o común, con la consiguiente consideración de la costumbre jurídica, de la jurisprudencia de los tribunales, de la doctrina de los autores y de los comentarios como fuentes tan sólo aparentes o, en el mejor de los casos, subordinadas a la ley.

En cuanto a los principios generales del derecho, se propiamente a considerar como tales a aquellos que pueden ser invocados a partir de las normas del propio ordenamiento jurídico, y no a aquellos que puedan provenir de fuera de éste, por ejemplo, del ordenamiento moral. Y en lo que concierne a la equidad, se le considera de preferencia como un auxilio en la tarea de interpretación de ley y como una fuente supletoria de normas no como una fuente a la que puede recurrirse para eludir consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieran derivarse de la aplicación de una ley a un caso dado.

Del mismo modo, ha sido tradicional en la cultura jurídica interna de nuestro país el uso más bien escaso dado a la constitución. Como dice a este respecto Joaquín García-Huidobro, “por décadas la Constitución fue una norma ajena a la vida diaria de los tribunales. La Corte Suprema misma ha sido siempre renuente a declarar la inaplicabilidad de las leyes, por vicios de inconstitucionalidad. Sólo la revolución procesal que significó la introducción del recurso de protección permitió que los jueces entraran a aplicarla directamente para la solución de conflictos”. Incluso, en el campo de la Administración “da la impresión que en muchos servicios públicos los reglamentos tienen más fuerza que las leyes y éstas más que la Constitución”, lo cual trae consigo una suerte de “inversión de la jerarquía normativa”.

En cambio, se ha ido produciendo una “amplificación del campo de la voluntad negocial”—como dice Petráls—, el que se advierte, particularmente, en las llamadas “condiciones generales” del negocio, formuladas por empresas que están en situación de establecerlas en sus respectivas actividades.

A lo anterior se suma una desatención por las llamadas fuentes materiales del derecho, es decir, por los factores de diversa índole que influyen de manera importante en la producción de las normas y en el contenido de que tales normas se encierran provistas, y por una desvalorización de tales fuentes como

elementos o antecedentes que permitan una mejor comprensión e interpretación de las normas jurídicas vigentes.

Se advierte también un descuido, aún mayor que el que se produce por las fuentes materiales del derecho, por la cuestión de la fuente del derecho entendida ahora como fundamento último del derecho, esto es, por la causa o causas merced a las cuales el derecho existe y se desarrolla en toda sociedad humana.

Con lo anterior se quiere decir que si la expresión “fuentes del derecho” tiene en la literatura jurídica diversas acepciones—tales como las tres que fueron recién señaladas: fuentes formales, fuentes materiales y fuente como fundamento o explicación última acerca del derecho—, en la cultura jurídica chilena interna se presta ciertamente atención a las fuentes formales, bastante menos a las materiales, y aún menos al asunto de la fuente del derecho como fundamento último de éste.

En cuanto a las demás acepciones en que se emplea también la expresión “fuentes del derecho”, cabe decir lo siguiente:

Tocante a “fuente del derecho” como término que se emplea para aludir a cualquier organización humana que requiera del derecho para existir y desarrollarse, prevalece en nuestra cultura jurídica interna la idea de que esa organización es ante todo el estado y sólo en las últimas décadas se abre paso una mejor percepción de la comunidad internacional como regida también por el derecho, aunque acompañada de la convicción, también dominante, de que el derecho nacional prevalece sobre el carácter internacional.

Respecto de “fuente del derecho” como expresión que alude al órgano, autoridad o persona que produce derecho, vale decir, respecto de dicha expresión como indicativa de quienes están facultados por las normas de competencia para producir normas jurídicas, así como para modificarlas o dejarlas sin efecto, y en tanto esta nueva acepción del término con que venimos trabajando se vincula estrechamente a las fuentes formales del derecho, prevalece en la cultura jurídica nacional la creencia de que las autoridades legislativas y ejecutivas son las fuentes del derecho por excelencia. Esta manera de ver las cosas se expresa en la creencia consiguiente de que, al no disponer de competencia para producir normas, sino meramente para aplicarlas, las autoridades judiciales no serían fuentes del derecho en la acepción del término de

que nos encontramos dando cuenta en este instante, como uno poco lo serían los sujetos de derecho. Aquellas y éstos —los primeros al dictar sus fallos y los segundos al celebrar actos jurídicos y contratos— se limitarían a aplicar las correspondientes normas de la legislación, aunque sin que como resultado de su actividad se incorporaran nuevas normas al ordenamiento jurídico.

Si nos trasladamos ahora a otra acepción de “fuente del derecho”, a saber, aquella que alude a las normas del ordenamiento jurídico que, al regular la producción de otras de menor jerarquía, pasan a constituir el fundamento de validez de éstas, la situación que se advierte es la de una mayor preocupación o énfasis por el marco *formal* que por el de tipo *material* que las normas de mayor jerarquía establecen para la producción de las correspondientes normas inferiores. Esto quiere decir que se presta mayor atención a las preguntas acerca de quién y a través de cuál procedimiento está facultado para producir una norma jurídica que a la que concierne a los límites de contenido que para la producción de esa norma establecen las de mayor jerarquía.

Si consideramos ahora la expresión “fuente del derecho” como sinónimo de fuentes del conocimiento jurídico, vale decir, como todas aquellas manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación e importancia jurídicas, tanto actuales como *préteritas*, y que permiten conocer el estado del derecho en un momento histórico determinado, se aprecia una concentración *preferente* en aquellas manifestaciones externas que coinciden directamente con una determinada fuente formal del derecho —el texto publicado de una ley, por ejemplo— antes que en aquellas que sólo de manera indirecta conocen una relación de ese tipo, como sería el caso, por ejemplo, de la exposición de motivos que el ejecutivo incluye en un mensaje o con los documentos en que constan las discusiones que en el órgano legislativo produjeron un determinado proyecto de ley.

En una versión posiblemente más amplia de esta hipótesis, Alejandro Guzmán señala que cuando se acude a las fuentes de conocimiento de la cultura jurídica interna, vale decir, a los libros y artículos que escriben los juristas, a las sentencias de los jueces y a los alegatos, informes y escritos de los abogados, “es ostensible la ausencia de razonamiento fundado en premisas extrajurídicas de la historia del derecho y de la filosofía del derecho”.

Entiéndase bien: no se trata de que exposiciones de tipo histórico o filosófico estén ausentes de los textos antes indicados, sino de la falta de conexión que suele apreciarse entre el discurso histórico-jurídico o filosófico jurídico y las conclusiones finales que se obtienen a propósito de la argumentación acerca del derecho positivo vigente. Esto quiere decir que tales discursos no tienen un efecto relevante en la argumentación jurídica y aparecen formando parte de ésta como “un adorno extrínseco y hasta como alarde de erudición”. En suma, como dice el propio Guzmán, en la cultura jurídica interna “la historia y la filosofía del derecho, aunque puedan estar en el discurso, no son el discurso, en el sentido de que los operadores jurídicos pueden no ignorar el dato y hasta suelen exhibirlo en su discurso, pero sin integrarlo en la argumentación, sin vivificarlo, como ciertamente es posible hacer”.

#### *Tercera hipótesis*

### EN RELACION CON EL PODER DEL ESTADO PARA PRODUCIR DERECHO Y CON EL CARÁCTER INSTRUMENTAL O EXPRESSIVO DE ESTE

Prevalce la convicción de que el estado todo lo puede por medio del derecho y de que éste es antes un instrumento para conseguir los fines o propósitos que se propone el legislador que una expresión de aquellos fines o propósitos que puedan existir más difusamente en el seno de la propia sociedad.

Predomina, entonces, una concepción antes instrumental que expresiva del derecho.

#### *Cuarta hipótesis*

### EN CUANTO A LA RELACION QUE SE PERCIBE ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA DEL DERECHO

Si por validez se entiende la específica existencia de las normas jurídicas y su consiguiente obligatoriedad como tales, y si, además, se entiende que el fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga a éstas su existencia y obligatoriedad, predomina en la cultura jurídica nacional un criterio normativista y formal acerca del problema del fundamento de la validez de las normas del derecho, como asimismo

respeto de la relación que pueda ser trazada entre dicha validez y la eficacia de las normas.

Lo anterior quiere decir que el fundamento de validez de una norma se encuentra en la norma jurídica que regula su creación, lo cual significa que, para ser válida, toda norma requiere ser producida dentro del procedimiento y ciñéndose a los límites de contenido que hubiere preestablecido la correspondiente norma jurídica superior que regula su creación.

De ello se sigue que la validez de las normas jurídicas, como es, su existencia y obligatoriedad, es algo enteramente independiente de su eficacia, o sea, del hecho de que tales normas sean obedecidas y aplicadas regularmente como tales en el curso efectivo de la vida social, y, además, que la pérdida de eficacia de una norma, a saber, su reiterado y habitual desobedecimiento e inaplicación por parte de sujetos imperados y órganos jurisdiccionales, no traería ningún efecto para la validez de esa norma.

En suma, la eficacia no es necesaria para que una norma jurídica comience a ser válida (a existir y a obligar), ni tampoco para que esa norma continúe siendo válida. La validez, de acuerdo a este punto de vista predominante en nuestro medio, es independiente de la eficacia, en el doble sentido apuntado, y solo podría perderse —en el caso del derecho legislado— en virtud de un acto formal de derogación.

#### *Quinta hipótesis* CON RESPECTO A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y A SU EJERCICIO POR PARTE DE LOS JUECES

Sobre el particular, son varias, en verdad, las hipótesis que pueden ser propuestas. Si bien todas ellas íntimamente conectadas unas con otras, las enunciaremos cada cual por separado, con el propósito de favorecer en esta parte una cierta claridad metodológica.

Por otro lado, convendría distinguir a propósito de las distintas hipótesis que pasaremos a ensayar en esta parte, lo que podríamos llamar, por una parte, una cultura jurídica explícita, para aludir con esta expresión las creencias, convicciones, valores y actitudes que los miembros de la judicatura, así como otros protagonistas de la vida jurídica nacional, dicen comúnmente compartir acerca de la naturaleza de la función jurisdiccional y

su ejercicio; y, por otra, una cultura jurídica implícita, que reuniría convicciones, valores y actitudes no propiamente reconocidos por los jueces y demás protagonistas de la vida del derecho, y que, a lo menos en parte, podrían ser distintos, e incluso en ocasiones contrapuestos, de aquellos que forman lo que llamamos *cultura jurídica explícita*.

De este modo, podríamos decir que están de acuerdo, o bien que forman parte de la cultura jurídica nacional interna, explícita o implícita según se irá precisando en cada caso, las siguientes ideas, puntos de vista, valoraciones y actitudes:

a) la distinción entre creación y aplicación del derecho al modo de dos actividades completamente distintas, no relacionadas entre sí y confiadas por el propio derecho a autoridades u órganos del estado también diferentes;

b) la idea de que la creación del derecho se concentra en la actividad del poder legislativo (leyes ordinarias o comunes) y del poder ejecutivo (decretos con fuerza de ley, decretos), en tanto que la aplicación es de competencia del poder judicial, el que, por tanto, sería, en este sentido, un poder del estado de carácter subordinado con la evidente consecuencia de que los jueces quedarían liberados de toda responsabilidad en cuanto al estado del derecho en la sociedad y, más en concreto, en cuanto al contenido de sus mismos fallos.

Por su parte, una práctica no coincidente con lo que se acababa de afirmar en la parte final de esta misma letra b), consistiría en el desarrollo, en el hecho, de una jurisdicción de *equidad* por parte de la Corte Suprema, derivada especialmente de la creciente habitualidad de interposición adquirida por el recurso de queja, en desmedro de otros recursos procesales cuya resolución exige una fundamentación más explícita en consideraciones de *derecho*. Esta práctica formaría parte de lo que antes llamamos *cultura jurídica implícita*.

c) una concepción mecanicista y logicista de la actividad jurisdiccional, que se traduce en la creencia acerca de que la aplicación del derecho por parte de los jueces debe tener lugar sobre la base de razonamiento de tipo deductivo a partir de normas abstractas y generales del derecho legislado.

Sin embargo, y continuando con la contrastación con lo que llamó *cultura implícita*, habría de advertir sobre una probable falta de correspondencia entre las justificaciones formales que pueden a veces ser proporcionadas como antecedentes de una decisión judicial y las motivaciones que, en el hecho, determinan el modo como realmente se adoptan estas decisiones en la práctica jurisdiccional efectiva:

d) la idea de que si el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional supone necesariamente que los jueces, para aplicar las leyes, deben interpretar estas últimas, o sea, acordarles sentido y alcance, la tarea o labor interpretativa conduce siempre a un único resultado “posible”, “correcto” o “verdadero”.

Una convicción contrapuesta a la anterior, aunque tampoco admitida por lo común en forma explícita, es la de que la experiencia de toda actividad interpretativa demuestra que frecuentemente las leyes ofrecen distintas posibilidades de interpretación—cada una de las cuales, por cierto, conduce a una aplicación y resultado diferentes—, y que la opción por una de tales alternativas de interpretación y aplicación se realiza en cada caso bajo la influencia de consideraciones valorativas que introduce o efectúa el propio intérprete de la ley;

e) la convicción acerca de que la meta de la actividad interpretativa que llevan a cabo los jueces no puede ser otra que la de reconstruir la voluntad histórico-psicológica que el legislador, o sea, el autor de la ley, depositó en ésta, privilegiándose entonces el método o elemento gramatical de interpretación de las leyes, así como el elemento histórico en sentido estricto, que busca reconstruir la historia documental de la ley interpretada. Esto último en atención a que si la ley es sólo expresión de la voluntad de quien la crea, el análisis de las palabras de que el autor de la ley se hubiere valido para expresar su pensamiento, lo mismo que el de los documentos anexos o complementarios en que pudiera igualmente constar cuál fue su intención, tienen que resultar los medios más confiables para obtener la reconstrucción de la posible voluntad del autor de la ley;

f) la idea, expresada en la repetida frase de Andrés Bello, de que “el juez es esclavo de la ley”, lo cual quiere decir que los

jueces, tanto en la interpretación como en la aplicación de las leyes, deben proceder, siempre o invariablemente, sin apartarse un punto de éstas, no siéndoles permitido llevar a cabo ninguna apreciación estimativa del texto de la ley ni de los efectos que pudieran derivarse de su aplicación a un caso dado.

Una convicción a la vez que algunas actitudes o comportamientos no coincidentes con lo que se acaba de expresar, y que formarían parte de una *cultura jurídica implícita*, serían, por su parte, los siguientes:

f 1) la idea de que si los jueces fallan comúnmente con arreglo a la ley, ello es porque, en conciencia, suelen aprobar las soluciones que la ley ha previsto, lo cual, lejos de constituir una abdicación valorativa, supone un juicio de valor positivo acerca de la misma ley;

f 2) la práctica que consiste en que los jueces se aparten en el hecho del texto de la ley cuando en conciencia no aprueban sus soluciones normativas o bien los resultados que se seguirían de la aplicación de estas soluciones a un caso dado, pero que, en tal evento, opten comúnmente por no declararlo así en su fallo y remplacen esta declaración por algún tipo de argumento interpretativo—o aparentemente interpretativo—que, manteniéndoles formalmente vinculados a la ley, les permita, sin embargo, llegar a las soluciones que aprueban en conciencia y que no coinciden estrictamente con las que han establecido las leyes; y

f 3) la práctica de que antes que a la ley y a la estricta voluntad del legislador, los jueces se vinculen de modo habitual a los criterios y puntos de vista que sobre la interpretación y aplicación de una ley mantengan los tribunales superiores de justicia.

g) la convicción de que el recurso a la equidad y a los principios generales del derecho, como fuentes supletorias de la ley, sólo está autorizado en presencia de lagunas o vacíos de la ley y cuando el caso sometido a la decisión judicial parezca regulado por disposiciones oscuras o contradictorias que no hayan podido ser despejadas ni conciliadas en uso de los elementos tradicionales de interpretación, pero no cuando el caso se encuentre regulado por una norma legal y el juez llegue a la sincera convicción de que, al aplicar esa norma al caso, se producirían consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes.

Cabe reiterar aquí, a propósito de la hipótesis que hemos ensayado acerca de cómo se entiende y practica en nuestro medio la función jurisdiccional, la crítica que Carlos Peña ha formulado a nuestra distinción entre cultura jurídica explícita y cultura jurídica implícita.

Para ese autor, lo decisivo no es ni lo que los jueces hacen ni lo que los jueces dicen que hacen, "sino la relación simbólica y de legitimación entre ambos aspectos y la eficacia social de discurso que esgrimen". Esclarecer esa relación simbólica y de significado supone, sin embargo, "un trabajo de análisis de contenido y de investigación monográfica que se encuentra pendiente".

Carlos Peña considera también que una comprensión histórica del modo en que ha sido gestado el *ethos* de la corporación judicial "resulta imprescindible", puesto que un registro histórico semejante "permite entender cómo el *ethos* y la actitud judicial es una respuesta social y culturalmente adecuada a los desafíos y expectativas de la sociedad civil y la clase política en Chile".

Las causas de esa actitud, así como otras características del *ethos* judicial chileno, son analizadas por Carlos Peña en su trabajo "Hacia una caracterización del *ethos* legal: de nuevo sobre la cultura jurídica." Sobre la hipótesis que hemos ensayado aquí acerca de la función jurisdiccional, conviene leer las páginas de ese trabajo, 99 y siguientes, en la versión que aparece incluida en el libro *Evolución de la cultura jurídica chilena*, editado en 1994 por la Corporación de Promoción Universitaria. En la primera parte de esas páginas, cuya lectura se recomienda tanto como complemento y análisis crítico de cuanto hemos expuesto acerca de la función jurisdiccional, el autor expone las características más frecuentes del despacho judicial en nuestro país, mientras que en la segunda explica las peculiaridades que han presentado en Chile las relaciones entre poder judicial y sistema político.

Del mismo modo, se recomienda la lectura del ya individualizado texto de Jorge Correa, titulado "Centenaria se queda en la fiesta. El poder judicial chileno en la década de los 90".

### *Sexta hipótesis* RESPECTO DE LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA

En las principales manifestaciones de esta profesión jurídica, a saber, *abogar* (defender un determinado punto de vista jurídico a propósito de un caso promovido ante los órganos jurisdiccionales o de la administración), *negociar* (resolver conflictos mediante contactos directos con la contraparte o con otro abogado), *asesorar* (instruir sobre alternativas de comportamientos jurídicos ponderando las ventajas relativas de una o de otra de tales alternativas), y *gestionar* (recomendar y llevar personalmente a cabo diligencias necesarias para la realización de un negocio), tanto los propios abogados como sus clientes esperan que aquellos representen antes los intereses de su parte que los que pueden concurrir al sistema legal en su conjunto.

Por cierto que una hipótesis como esa se refiere al abogado de libre ejercicio y a aquel que trabaja como asesor o parte del staff de una empresa u organización cualquiera, sea pública o privada. La hipótesis podría alcanzar incluso a los abogados funcionarios del aparato estatal, sobre todo si se adopta una noción amplia de lo que antes hemos llamado "clientes".

Como ha escrito Francisco Campillo a propósito de esta hipótesis, "habría que dejar establecido que la expresión 'clientes' hay que entenderla aquí en un sentido amplio, esto es, relativa al particular que recurre a un abogado en relación con un negocio jurídico cualquiera, como asimismo al particular que se asiste de un abogado para ser defendido ante los tribunales o ante la Administración del Estado. Pero, además, son clientes del abogado la propia Administración del Estado —que es constantemente asesorada por abogados, lo mismo que el gobierno—, como también las organizaciones sociales intermedias, tales como las empresas, los sindicatos, las corporaciones y fundaciones y otros tipos de personas jurídicas, que recurren habitualmente ante abogado en condición de clientes". Por su parte, Andrés Cimno considera que "los abogados que trabajan para el Estado, en calidad de funcionarios públicos, representan una gama que ofrece algunas particularidades, dentro de las cuales posiblemente constituyen un subgrupo especial los que prestan sus servicios en los organismos de fiscalización".

Sobre el particular, y coincidentemente con lo que se viene diciendo, conviene tener presente que la propia constitución en el N° 3 de su artículo 19, considera la profesión de abogado como una típica función de *defensa*. Así, esa disposición expresa que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

Por su parte, el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales define a los abogados, bastante restrictivamente, como “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”.

En cambio el Código de Ética Profesional que aprobó en su momento el Colegio de Abogados, declara que el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración, y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.

Lo anterior pone de manifiesto que el Código de Ética Profesional coloca las cosas en un plano superior al que describe nuestra hipótesis. Sin embargo —como escribe Francisco Campillo— “si se contrasta esas declaraciones con la realidad actual, puede comprobarse que hoy los abogados aparecen antes defendiendo los intereses de sus clientes que los que dicen relación con el sistema legal en su conjunto”.

Pablo Rodríguez se pregunta a este respecto si el fenómeno de la prescindencia del interés general en función del interés particular en conflicto tiene alguna explicación en nuestro modelo, y alude entonces, en primer lugar, a “la imperfecta formación de los abogados”, quienes carecen “de un compromiso con la sociedad”. Por otra parte, el autor cree que “el sistema está diseñado, precisamente, para reafirmar la idea de que el abogado no tiene otro norte que no sea la lealtad a su cliente”, según lo demuestra el ya citado artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales. Y agrega: “tampoco la definición del abogado como colaborador de la justicia, contenida en el Código de Ética Profesional, hace un aporte significativo al sistema legal”.

A propósito de la hipótesis que nos encontramos analizando, Hernán Montecalegre prefiere distinguir entre la actuación *judicial* y la *extrajudicial* de un abogado.

A la segunda de esas actuaciones corresponden los verbos “negociar” y “gestionar” que empleamos al momento de enumerar la hipótesis. “En este tipo de asuntos —escribe Montecalegre— está claro que lo que el cliente busca es que su abogado represente sus intereses particulares frente a los intereses también particulares de la contraparte con la que hay que negociar o ante la cual hay que gestionar”.

Distinta sería la situación en que el abogado actúa ante los tribunales de justicia representando a su cliente, caso en el cual Montecalegre invita a distinguir entre los asuntos civiles y los de índole criminal, puesto que en los segundos “hay ciertamente abogados que se prestan para defender los puntos de vista de sus clientes ante los tribunales, con plena conciencia de que son contrarios a la ley”. Se trata entonces de clientes “que se cuidan mucho de no recurrir a aquellos profesionales de prestigio que consideren que su vocación está en el respeto de las leyes”. Sin embargo, es a ese tipo de profesionales a quienes recurren “los clientes que consideran que el derecho los ampara”, produciéndose en esta última situación “una perfecta armonía entre los intereses del cliente, su abogado y el sistema legal”.

Una situación especial se produce en el caso de clientes cuyos derechos humanos han sido vulnerados, “puesto que aquí la identificación entre los intereses del representado, la vocación del abogado y los más altos valores jurídicos del sistema legal logran su más perfecta identificación”. En una apreciación semejante a la de Montecalegre, Edmundo Fuenzalida es de parecer que “la actuación de los abogados de derechos humanos en representación de los parientes de detenidos-desaparecidos demuestra que el temor a la reacción de los militares está desapareciendo rápidamente, dando lugar a una especial responsabilidad, asumida paulatinamente por los operadores jurídicos, de ayudar a hacer justicia en estos casos”.

Retomando ahora el sentido más general de nuestra hipótesis, Lautaro Ríos es de parecer distinguir entre los intereses de los abogados y los de sus clientes, “puesto que no es lo mismo lo que espera el cliente que lo que espera el abogado del ejercicio de su profesión”. Mientras aquél “espera que su abogado

haga prevalecer su interés a toda costa, éste tiene que ajustarse al caso que se le entrega a dos parámetros: su contenido de justicia y si halla acogida en el sistema legal".

Las precedentes reflexiones de distintos juristas, todos los cuales han tenido un destacado ejercicio profesional como abogados, colaboran sin duda a una mejor discusión y definición de nuestra hipótesis.

Mención aparte, por último, merecen las observaciones que Carlos Peña ha hecho a esta hipótesis, porque le parece que, de todas las hipótesis con que venimos trabajando, ella es la que posee mayor debilidad en su formulación.

Carlos Peña considera que dicha hipótesis "se limita a regular las expectativas que abogados y clientes dirigen hacia la profesión jurídica", y le parece, en consecuencia, que "se trata de una hipótesis pendiente".

Dicho lo anterior, Carlos Peña sugiere ideas que podrían ser analizadas con el fin de elucidar la función de la abogacía en Chile. Un resumen de tales ideas, antes de pasar ya a la siguiente hipótesis, es el siguiente:

En primer término, el autor llama la atención acerca de que la abogacía es una *profesión*, es decir, una actividad que en el marco de la división social del trabajo presenta algunas características específicas que permiten diferenciarla de otras actividades no profesionales. Entre tales características se incluyen la formación de sus miembros; el autocontrol de su propia actividad, vale decir, la autorregulación corporativa de sus integrantes; la existencia de un ethos profesional propio; la disposición a partir del desempeño en la propia actividad; y el control del ingreso de nuevos miembros a la propia actividad.

Desde fines de los años 60, la profesión de abogado en Chile ha estado expuesta a serios avatares que están contribuyendo a redefinir sus características sociales,

En la primera mitad del siglo XX la actividad del abogado conservó los rasgos de "profesión liberal" que había consolidado durante el siglo XIX, presentando hasta esa época un carácter multifuncional y no especializado.

Con el quiebre de lo que se ha dado en llamar el Estado de Compromiso, la profesión y la autoimagen de los abogados tienden a entrar en crisis. Las planificaciones globales de desarro-

llo provocan entonces un auge de las ciencias sociales, en particular de la economía y de la sociología, y se hacen frecuentes en esa época los intentos por parte de las escuelas de derecho por abandonar o a lo menos mitigar el paradigma dogmático para sustituirlo o matizarlo por disciplinas más cercanas a fenómenos sociales que a exégesis normativas.

Más tarde, durante el régimen militar de gobierno, los economistas hegemonizan las esferas del poder y los abogados son en cierto modo desplazados como actores de los distintos procesos de modernización.

A todo lo anterior, por último, se suman en la actualidad algunas circunstancias de no poca monta para el futuro de la profesión de abogado, tales como la multiplicación y masificación de las facultades de derecho y la modernización de la sociedad y del estado.

Carlos Peña concluye sus precedentes reflexiones, que son de 1992, solicitando estudios empíricos que determinen las formas más frecuentes de ejercicio profesional del abogado, los modos de relación más usuales entre clientes y abogados, los grados de especialización que presenta actualmente la profesión jurídica y las formas de ejercicio colectivo a que esa especialización conduce, y la mayor o menor independencia interna del abogado hacia su cliente y la inconsistencia de expectativas que se presenta al abogado entre los intereses de su cliente y el sistema legal en su conjunto y las formas más habituales de resolución de esas inconsistencias.

#### *Septima hipótesis*

### EN RELACION CON EL MODO DE ENTENDER EL OBJETO Y FINALIDADES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO O DOGMÁTICA JURÍDICA

Pueden enunciarse las siguientes hipótesis:

a) es propio de la cultura jurídica nacional interna el uso de la palabra "derecho", para referirse tanto a un determinado *objeto* de saber (las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico históricamente dado) como el *saber* mismo que los juristas obtienen acerca de ese objeto (saber jurídico, ciencia jurídica en sentido estricto, dogmática jurídica), con la propensión consi-

güente a atribuir al *objeto* del conocimiento jurídico (las normas jurídicas) ciertas propiedades que podrían serlo eventualmente del *saber* que se constituye acerca de ese objeto, como son, por ejemplo, las de sistematicidad y cientificidad;

b) si se expresa en forma ciertamente esquemática en que consiste la dogmática jurídica o conocimiento jurídico en sentido estricto y se dice, en consecuencia, que se trata de un *saber* que, constituyendo como su objeto o materia las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico históricamente dado, intenta llevar a cabo, respecto de su objeto, tareas de localización de las normas, así como de interpretación y reconstrucción sistemática de éstas con vistas a su aplicación a los casos jurídicamente relevantes de la vida social, podría sostenerse que la dogmática jurídica habitualmente cultivada en nuestro medio pone el acento en la dimensión *práctica* de *esse in se* (aplicación de las normas) antes que en su dimensión *metapropiamente cognoscitiva* (interpretación y reconstrucción sistemática de las normas).

Lo anterior se aprecia, por ejemplo, en el hecho de que los textos jurídicos que se publican en el país constituyen, por lo común, antes orientaciones o guías para la acción práctica de jueces y abogados, como también de estudiantes, que reconstrucciones conceptuales cabalmente sistemáticas u explicaciones comprensivas elaboradas y propuestas a partir de un sector de regulación jurídica dado con relativa autonomía al interior del ordenamiento jurídico;

c) prevalece igualmente la idea de que está plenamente justificado, y de que posee pleno sentido, que los juristas orientados a su tarea cognoscitiva a las normas jurídicas vigentes que se articulan en un ordenamiento jurídico dado, dejando de lado —o a lo menos sin confundirlas con la anterior— las tareas que se refieren a indagaciones históricas sobre el origen de las normas, a las indagaciones sociológicas que busquen verificar los efectos de las normas en la vida social y, por último, a las perquisas de tipo evaluativo y crítico en torno a esas mismas normas. Independencia, en suma, y tal vez aislamiento, de la ciencia jurídica en sentido estricto, o dogmática jurídica, de la historia del derecho, la sociología del derecho y la política jurídica y

d) si la dogmática jurídica desenvuelve por referencia a su objeto tareas de localización, interpretación, reconstrucción sistemática y explicación comprensiva de las normas jurídicas de un ordenamiento históricamente dado, lleva a cabo lo anterior, por lo que hace a nuestro medio, proveyendo —como se dijo en la anterior letra c)— a una suerte de aislamiento de su objeto respecto de cuáles puedan ser el origen histórico de las normas, sus condicionamientos de tipo social y la apreciación estimativa o crítica de las mismas.

Lo anterior como consecuencia de que de las antes mencionadas tareas de la dogmática jurídica se privilegian en nuestro medio las de mera identificación y exégesis o comentario de las normas, con vistas a su aplicación, tareas que, atendido la concepción dominante acerca del derecho explicada en la *hipótesis primera*, pueden en principio llevarse a efecto a pesar de la prescindencia de los factores históricos, sociales y éticos involucrados con las normas. Por lo mismo, esas tareas de identificación y comentarios de normas desplazan a las de interpretación propiamente tal, de reconstrucción sistemática y de explicación comprensiva, que, por la inversa, no pueden llevarse satisfactoriamente a cabo si se incurre en esa misma triple prescindencia de los factores sociales, fácticos y éticos.

Carlos Peña, a propósito de las aseveraciones antes señaladas, llega incluso a decir que hay buenas razones para no caracterizar de “dogmática” a la disciplina jurídica predominante en Chile, puesto que “la dogmática se encuentra ligada a procesos de burocratización y racionalización culturales que en Chile no se produjeron sino en forma asimétrica y en todo caso, en términos más civilizatorios que estrictamente culturales”. Por lo mismo, lo que hemos tenido en Chile no ha sido un *paradigma dogmático*, sino un *paradigma legalista*, con omisión, por tanto, de la función de optimización que la dogmática jurídica cumple siempre en relación con el ordenamiento jurídico vigente sobre el cual trabaja.

Precisamente, una de las deficiencias de la cultura jurídica en Chile —según Alejandro Guzmán— consistiría en “la ausencia de la crítica en el razonamiento y el discurso jurídico nutridos de esa cultura...”. Lo anterior se conecta —según este autor— “con la existencia, persistencia e insistencia de lugares comunes y ni-

finas intelectuales, con base en los cuales suelen declararse las adhesiones o los repudios, lo que implica una renuncia a que se haga la crítica como método”. Dicho más sucintamente, en palabras de Aldo Valle—por nuestros operadores jurídicos se cree que “el derecho debe ser obedecido antes que pensado críticamente”, lo cual es producto de que en lo que hacen los propios académicos y docentes, en su gran mayoría, “subyace la idea de que el derecho es más un acto de autoridad y no una técnica social cuya legitimidad responde a la racionalidad de intereses, fines y normas”.

No es de extrañar, en consecuencia, que los estudiosos del derecho en Chile “circunscriban sus capacidades y acciones a la idea de que hemos recibido unas instituciones jurídicas y un modo de comprender el derecho—también sólidamente institucionalizado—, cuya modificación o crítica pueden daban un lugar no disponible para la intervención humana. Por tales razones, el derecho no debe ser revisado ni actualizado, salvo en aquello más contingente y temporal”.

Carlos Peña, en una afirmación que ha sido discutida por Pablo Ruiz-Tagle, llega a afirmar la “inexistencia de una comunidad académica profesional capaz de llevar adelante un derecho de juristas y de someter a análisis la creación cotidiana del derecho”. Por otra parte, al quedar el trabajo dogmático, la enseñanza del derecho y el ejercicio de la profesión de abogado prácticamente en unas mismas manos, se produce una “falta de sistencia de roles” en nuestra comunidad académica, que se expresa en que sus miembros “suelen estar sometidos a expectativas incongruentes”.

En cuanto a Pablo Ruiz-Tagle, sostiene que resulta exagerado, y en abierta contradicción con nuestras tradiciones, que se intente desvincular por completo la práctica profesional de abogado o de juez del trabajo dogmático de las tareas de enseñanza jurídica.

En un enfoque complementario de lo anterior, Aldo Valle lamenta que nuestra cultura jurídica interna “esté sobrevalorada o dominada por lo que acontece en los tribunales de justicia”, hasta el punto que “la actividad académica no constituye un espacio diferenciado y autónomo para el desarrollo de las categorías y conceptos del derecho y de la ciencia jurídica”.

En este sentido, puede decirse que la actividad académica tiene principalmente fines profesionales y de especialización”.

Todo lo cual, como se aprecia, nos deja ya a las puertas de nuestra siguiente y última hipótesis.

#### *Octava hipótesis*

### SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Como se habrá podido apreciar, las hipótesis que han sido enunciadas hasta ahora se siguen, en parte, una de otras, lo cual es ciertamente expresivo de que se encuentren ellas concañadas a partir de las hipótesis más básicas—especialmente la primera y la segunda de ellas—, y que, en cuanto tales, poseen un cierto poder de determinación respecto de las restantes.

Ello es particularmente claro en la última de las hipótesis que nos proponemos formular—acerca del modo de entender y de practicar la enseñanza del derecho en Chile—, que, por cierto, se corresponde con convicciones, puntos de vista, actitudes y orientaciones que son tribuarias en alto grado de las que, a su turno, se corresponden con otras hipótesis enunciadas en forma previa.

Sin embargo, los puntos de vista o criterios dominantes en lo relativo a la cuestión de la enseñanza del derecho en nuestro medio no constituyen un mero reflejo de los restantes elementos de la cultura jurídica chilena que han sido mostrados antes en este trabajo, sino que, al reflejar desde luego esos mismos elementos, a la vez con intensidad y permanencia, refuerzan, por así decirlo, su presencia y pervivencia de tales.

Con lo anterior quiere decirse, como es obvio, que el modo predominante de entender y de practicar la enseñanza del derecho en Chile es, en parte, un evidente reflejo de las convicciones, puntos de vistas, valores y actitudes que prevalecen igualmente en el medio nacional en punto a cuestiones tales como la del concepto de derecho, fuentes del derecho, relación entre derecho y justicia, relación entre validez y eficacia de las normas, naturaleza de la función jurisdiccional, etc.; pero, a la vez, el modo habitual de la función jurisdiccional—y no nos referimos a la metodología de la enseñanza, sino también a los contenidos de ésta—colabora a consolidar y a proyectar las convicciones, puntos de vista y orientaciones que prevalecen en los otros lópicos o asuntos antes indicados.

Por lo mismo, las ideas que determinan *qué* se enseña, *cómo* se enseña y *para qué* se enseña derecho en las respectivas Facultades del país, así como los criterios y prácticas efectivas que se observan al interior de estas facultades en el proceso enseñanza-aprendizaje, pueden ser bastante determinantes en relación con la permanencia o la movilidad de los restantes elementos de la cultura jurídica nacional.

Las actitudes inmobilistas, conservadoras o simplemente satisfechas en cuanto a qué, cómo y para qué se enseña derecho en las facultades de derecho del país, serán desde luego alhadas a favor de la permanencia, sino de la franca agudización de muchos otros elementos actuales de la cultura jurídica nacional.

Una actitud renovadora y crítica, en cambio, podrá impactar en esos otros elementos, favoreciendo su modificación o cambio y morigerando los efectos desfavorables que de ellos pueden seguirse en la actualidad.

De ahí entonces la importancia que tiene para la cultura jurídica de un país, en el hecho, esta clase particular de actores o protagonistas de la vida del derecho que son los profesores o investigadores de esta misma disciplina.

Quizás si algunas de las preguntas clave que podrían orientar un diagnóstico semejante puedan ser las que ha propuesto el profesor Antonio Pedraza, en su documento "La enseñanza del derecho en Chile", que data de 1987.

Estas son las siguientes:

1. ¿Para qué enseñar?
2. ¿Quiénes deben enseñar y aprender?
3. ¿Qué enseñar?
4. ¿Cómo enseñar?
5. ¿Con qué enseñar?
6. ¿Cómo medir los resultados?

Sin perjuicio de lo que se propone previamente, pueden ser adelantados los siguientes rasgos predominantes en cuanto a la comprensión y práctica de la enseñanza jurídica en el país, siguiendo a estos efectos el mismo cuestionario precedentemente enunciado:

1. *Fines u objetivos* de la enseñanza: preparación de un licenciado en derecho al que se concibe por las distintas facultades de derecho sobre la base de un perfil bastante homogéneo y del que se espera posea la información y destrezas necesarias para cumplir satisfactoriamente, ante todo, las funciones señaladas en la *hipótesis sexta*.

2. *Protagonista*: en cuanto a quienes deben enseñar, el rasgo dominante es la elección habitual, sin previo concurso, de abogados a quienes se reconoce competencia y prestigio profesional; en punto a quienes deben aprender, o estudiantes de derecho, la selección queda librada exclusivamente a la demanda por estudios jurídicos y a los puntajes obtenidos en la Prueba de Aptitud Académica.

3. *Contenido*: a) enseñanza del derecho chileno sobre la base de asignaturas que se intenta hacer corresponder, exactamente, desde un punto de vista cuantitativo, con el respectivo sector de regulación jurídica, o rama del derecho, a que cada asignatura se refiere; con tendencia también a considerar que sobre cada sector de regulación jurídica relativamente autónomo es siempre preciso constituir una correspondiente asignatura; b) enseñanza del derecho reducida, a propósito de cada sector de regulación, a una mera localización y exégesis o comentario de las respectivas normas jurídicas; c) enseñanza centrada en la identificación y exégesis de las normas jurídicas del derecho legislado chileno, omitiendo, o colocando en un plano secundario, a las restantes fuentes del derecho nacional, a los principios jurídicos y al método comparativo; d) desplazamiento de las dimensiones históricas, sociales y éticas del derecho a un conjunto de asignaturas generales desprovistas de suficiente presencia y gravitación en los correspondientes planes de estudio.

4. *Método*: predominio de la clase expositiva, que intenta transmitir a los alumnos la totalidad de un material que ha sido previa y completamente elaborado o asimilado por el respectivo docente.

5. *Medios*: se entiende que los únicos medios de enseñanza son los propios continentes normativos del derecho (códigos, leyes, reglamentos, etc.) y los textos que exponen y comentan en forma sistemática, esos mismos cuerpos normativos.

6. *Evaluación*: la evaluación demanda de los alumnos una memoria jurídica, esto es, retención de la información proporcionada acerca de las normas jurídicas, sus contenidos, conexiones y concordancias, que inteligencia jurídica, o sea, discernimiento, capacidad de abstraer, de generalizar, de discriminar y supeditar valores, de reconocer problemas y de organizar el pensamiento en torno a la experiencia jurídica.

En cuanto a la cuestión de los *objetivos* de la enseñanza jurídica, conviene agregar que si se revisa el perfil del egresado que cada una de las facultades o escuelas de derecho aspira a formar, es posible apreciar diferencias entre los distintos establecimientos que se dedican a la formación jurídica de pregrado. Diferencias que, sin embargo, no se expresan realmente en la práctica, puesto que todos, o el significativo mayor número de tales planteles, en cuanto no consiguen diferenciarse en los contenidos y métodos de la enseñanza, como tampoco en lo concerniente a los medios y evaluación de ésta, acaban produciendo un licenciado bastante homogéneo, que responde, ante todo, a lo que Iván Lavados, llama “formación profesional para el trabajo”.

De este modo, la *expansión* que la enseñanza jurídica de pregrado experimentó en Chile a partir de 1981 no ha traído consigo ningún grado apreciable de *heterogeneidad* en los estudios de derecho.

Llama la atención, asimismo, que si la educación jurídica de pregrado tiene en nuestro medio objetivos ante todo profesionales y especializados, prevaleza en ella, no obstante una formación más teórica que práctica, una contradicción que se suma a otra, a saber, la que resulta del hecho de que esa formación teórica está en manos de docentes que, en su apreciable mayoría, son abogados con experiencia profesional antes que juristas con sólida formación de posgrado y que puedan exhibir aportes significativos en el ámbito de la investigación.

Manuel Manson llega a decir a este respecto que si bien “algunos profesores se han formado en la escuela del saber y de la responsabilidad y han aprendido a enseñar con autoridad científica y pedagogía, otros, en cambio, aparecen improvisados, faltos de estatura intelectual e incapaces de alimentar el interés de sus alumnos”.

En cuanto ahora a los *protagonistas*, y fijando en primer lugar, la atención en los docentes e investigadores, cabe destacar que los primeros prevalecen notoriamente sobre los segundos. Esto es producto de la escasez de estudios de posgrado entre los académicos vinculados a las facultades de derecho —una situación, en todo caso, que tiende a mejorar en la última década— y a la dedicación universitaria de tiempo parcial que reconoce la gran mayoría de esos académicos. Pero hay a nuestro juicio una tercera causa: los escasos núcleos de investigadores con que el limitado número de facultades de derecho del país contaron hasta inicios de la década de los 80, una vez producido a partir de ese año el rápido incremento del número de instituciones y el consiguiente aumento de la demanda por docentes que ese incremento trajo consigo, se disolvieron para responder a esta demanda. Esto significa que académicos que hasta la década de los 80 dedicaban buena parte de su tiempo a tareas de investigación en las facultades de derecho entonces existentes, sacrificaron ese tiempo y pasaron a destinarlo a las tareas exclusivamente docentes que empezaron a ser ofrecidas por las nuevas escuelas y facultades de derecho. Por lo demás, estas últimas, salvo un par de excepciones, no han tenido interés en contar a su interior con núcleos de investigadores que pudieran compensar la caída que la investigación tuvo en los establecimientos jurídicos más antiguos.

Esto último explica también la impresionante debilidad que tienen en Chile los estudios jurídicos de posgrado, puesto que a la inexistencia de Doctorados se suma una proliferación algo anárquica y oportunista de Maestrías que no son sino, las más de las veces, cursos de especialización profesional que se presentan con el nombre de Maestrías, así como simples ciclos de conferencias suelen ser ofrecidas y certificadas como Diplomados.

Como explica Carlos Peña, la enseñanza del derecho está confiada en Chile, ante todo, a sujetos *profesionales*, esto es, a “sujetos con alto grado de especialización en la división del traba-

jo, comúnmente, además, de alto precio en el mercado de servicios, que, emparentados parcialmente con la universidad, no producen, en rigor, nuevo saber, sino que divulgan, por modo más o menos canónico, un saber ya producido”.

Además, y siempre en opinión del autor antes citado, “es posible afirmar que esos sujetos ejercían un tipo de discurso que es más “conceptualista” que “empírico”; más preocupado de la “síntesis” de rigambre metafísica que del “análisis” descriptivo; más “realista” que “normalista”; todo lo cual, me parece a mí, queda acreditado con un somero examen de textos o discursos en los que, como consta a todos, a propósito de un tema dogmático, el expositor se arriesga a gimnásticas disquisiciones acerca de cuestiones tan extrañamente formuladas como las de la “naturalidad jurídica” o el “fin” de algunas instituciones”.

Las anteriores características de la profesión jurídica docente —crece Peña— “se multiplican en presencia de la masificación de las facultades universitarias. Las nuevas facultades reproducen por modo fidedigno las rutinas y modos de enseñanza de las facultades más antiguas y, además, devalúan la calidad de la enseñanza: en un medio que carece de una comunidad de académicos profesionales, la escasez de profesores aumenta y el tiempo de investigación decrece”.

Tocante ahora a los otros protagonistas —los estudiantes de derecho—, prevalece en éstos la expectativa de obtener el título profesional de abogado como certificación de entrada al mercado laboral antes que el interés por demandar y obtener al interior de las escuelas de derecho una auténtica formación jurídica. Por otra parte, los estudiantes de derecho son ajenos a la tendencia marcadamente dominante entre los estudiantes universitarios chilenos en general, más preocupados de presionar por ayudas de carácter económico que por mejorar la calidad de los servicios educacionales que reciben de sus correspondientes unidades académicas. Todos los movimientos estudiantiles de importancia de la última década han reclamado por el régimen económico de los estudios superiores —matrículas, aranceles, becas y créditos— y no por la calidad de esos estudios.

Respecto del *contenido* de la enseñanza jurídica, lo que se observa, tal como fue adelantado al establecer la hipótesis con que nos hallamos trabajando, es una casi total falta de innovación

curricular en nuestros establecimientos de educación superior que se dedican a la enseñanza del derecho.

En cuanto a los establecimientos más antiguos, vuelven una y otra vez, cíclicamente, sobre la cuestión de los planes y programas de estudio, pero son pocos y escasamente relevantes los cambios que han introducido en tal sentido, lo cual hace dudar de la sinceridad de las autoocríticas que de tanto en tanto surgen entre los directivos y académicos de tales establecimientos.

Y en cuanto a los nuevos establecimientos, prácticamente ninguno de ellos ha nacido en las dos últimas décadas sin anunciar aires de renovación en los asuntos curriculares y metodológicos de la enseñanza jurídica, aunque la gran mayoría de ellos no ha hecho en la práctica otra cosa que plegarse a los planes y programas de las instituciones más antiguas y conservar las rutinas metodológicas que se vienen observando desde el siglo pasado.

Algo similar, por no decir igual, puede decirse en relación a los *metodías* de enseñanza, a los *metodías* que se emplean en el proceso de enseñanza-aprendizaje y al sistema de *evaluación* que se utiliza por los establecimientos para medir los resultados de ese proceso.

Lo que vuelve a predominar en esas tres direcciones es la falta de auténtica innovación y la repetición de rutinas y formalismos.

El examen de grado que se toma en todas las facultades de derecho es buena prueba de ello. Nunca olvidaremos un cartel manuscrito que un anónimo egresado de derecho fijó a la entrada de la sala de profesores de una de nuestras escuelas de derecho luego de haber sortado con éxito ese examen: “Gracias Santa Memoria por el Favor Concedido”.

Lo que un estudiante de derecho necesita —dijo alguna vez Jorge Millas— es inteligencia jurídica, no memoria jurídica. La memoria jurídica puede ser suplida por los textos legales o de otro orden. Pero la inteligencia jurídica, que supone la capacidad de abstracción para reconocer problemas e identificar y coartar soluciones, no puede ser suplida jamás.

Quizás habría que empezar por grabar a fuego esas ideas en el frontis de nuestras escuelas de derecho, pero, ante todo, incorporarlas a la cultura jurídica de quienes enseñamos en ellas y, asimismo, a las expectativas de los jóvenes que se matriculan para cursar estudios jurídicos de pregrado.