

*Notas sobre abogados y educación legal.
(Borrador para comentarios).*

Carlos Peña González¹.

En su defensa de Lucio Murena, Cicerón considera a la milicia y a la elocuencia como superiores a la abogacía. Cicerón derivó la inferioridad de la abogacía no sólo de su sencillez (“aunque yo sea un hombre ocupadísimo, a poco que me provoques en tres días me haré jurisconsulto...”), sino del lugar subordinado que correspondía a las leyes en la constitución del orden. El “terrible soldado” es lo que ha hecho de Roma, dijo, “la primera de todas”². Ya en el siglo IV antes de Cristo, Isócrates, en su *Aerópago*, había desconfiado que las leyes pudieran, por sí solas, hacer mejores al estado o a los ciudadanos. Si así fuera, dijo Isócrates, sería fácil transmitir mediante la letra de la ley “el espíritu de un estado a todos los demás”³. Tocqueville –que tanto alabó el papel de los abogados en la vida pública americana- advirtió también acerca del hecho que los pueblos se diferencian entre sí no tanto por la forma de gobierno, sino por el grado de gobierno con que cuentan.

Cicerón, Isócrates y Tocqueville –podríamos agregar, todavía, las frecuentes referencias a la ley que hace Maquiavelo en sus *Discursos*⁴– sugieren que el derecho no posee las funciones que los abogados –o los profesores de derecho– solemos atribuirle. A los abogados nos gusta pensar que existen vínculos indisolubles entre el rule of law, por una parte, y la calidad del derecho, por la otra. Esa vinculación es, desde luego, correcta, a condición que no lleve a olvidar que el derecho –como una práctica compartida hacia lo público– sólo florece allí donde, previamente, ha logrado constituirse un orden mediante el ejercicio del poder.

En América latina esa pretensión de todos los juristas, ha estado acompañada de un cierto rasgo fetichista que ha infectado luego a la enseñanza legal. Así como Flaubert en las *Cartas a Colette* se dejaba hipnotizar por los pies femeninos (hasta olvidarse del primitivo objeto del deseo), los juristas latinoamericanos suelen dejarse hechizar por la ley, o por las palabras de la ley, hasta olvidar los problemas que la inspiran o la descripción de los hechos que la ley pretende regular. El jurista latinoamericano es, así, un sujeto “curioso” (en el sentido de la “curiositas” agustiniana), diestro en debates y experto en metonimias, en esa habilidad casi infernal de la literatura para desplazar realidades de un lugar a otro. A menudo he pensado que el realismo mágico de la región –donde los tropos del habla cotidiana son interpretados literalmente– es una derivación de nuestra cultura legal. Quizá por eso los abogados y estudiantes latinoamericanos sentimos ese deleite especial no por los problemas que encara la teoría legal, sino por la teoría legal en sí misma y hablamos de Rawls o de Raz con la fruición con que otros, menos cultos y menos espectaculares, hablan del último manual de derecho procesal o de la naturaleza jurídica de una institución.

¹ *Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Profesor de Derecho en la Universidad de Chile.*

² *En defensa de Lucilio Murena, XI, XIV, cito aquí por la traducción de Calvo, J.B., en Obras Completas de Marco Tulio Cicerón, Anaconda, 1946, tomo V.*

³ *Aerópago, 39.*

⁴ *Por ejemplo, Discursos, 49.*

La precedente constatación aconseja no acentuar demasiado el punto de vista normativo acerca de la enseñanza legal y no hacerse demasiadas ilusiones en la región de América latina acerca de lo que podemos esperar de ella. Forma parte del ethos de las profesiones el exagerar, más allá de toda evidencia, la función pública que cumplen sus respectivas disciplinas y el derecho no es, desde luego, en esto, una excepción. Es cierto que la calidad de la enseñanza legal poseerá, sin duda, influencia, en la calidad de las instituciones; pero es cierto también que las instituciones, y el derecho como una práctica social compartida, sólo florece allí donde, previamente, ha logrado constituirse el poder. Esta es la razón de porqué las sofisticadas elites legales latinoamericanas –muchas de ellas reunidas en este grato encuentro anual- deban desenvolver su elegante tarea conceptual en medio de caudillismos, corrupción y falta de gobernabilidad.

Las líneas que siguen –sobre el fondo de ese escepticismo que no es más que un reconocimiento, más o menos obvio, de la realidad- intentan proveer de algunos antecedentes para comprender los actuales desafíos de la enseñanza legal en la región. Me propongo eludir, como acabo de decir, un planteamiento normativo y mostrar, en cambio, las múltiples variables que al tiempo de pensar la educación legal deben ser consideradas. En la primera parte (I), haré el intento de identificar los rasgos generales que la profesión legal presenta en el estado moderno. Voy a sugerir que en ese tipo de estado, hay dos modelos típicos ideales de la fisonomía profesional: el modelo prusiano y el modelo liberal. Agregaré, todavía, algunos de los rasgos generales que son propios de todas las profesiones. Por supuesto, ninguno de esos dos modelos se verifican en forma pura en la realidad; pero, creo, permiten que nos orientemos en ella. En la segunda parte (II) llamaré la atención acerca de las funciones que la profesión legal ha cumplido, particularmente en la región de América latina. Me detendré, particularmente, en el caso de Chile. En Chile –uno de los casos en que se constituyó más tempranamente el estado durante el siglo XIX- fue hegemónica la figura de Bello, un intelectual ideológico acomodado, como quería Cicerón, a las instituciones. En la tercera parte (III) haré el intento de identificar los principales rasgos de la educación legal en la región de latinoamérica. Mi propósito, en esta parte, es poner de manifiesto las múltiples variables que han de tenerse en cuenta al tiempo de emprender intentos de mejora. Hacia el final (IV), sugeriré algunos de los principales problemas y desafíos a los que deben hacer frente hoy día, en mi opinión, las escuelas de derecho.

I

1. Es difícil hablar de los abogados (o de cualquier otra profesión) sin referencia al contexto histórico en que su labor se desenvuelve. Si bien existe alguna continuidad entre los *advocati* y los *iurisconsulti* de la Roma Clásica y los abogados de la moderna organización burocrática –ambos asisten a otros en disputas públicas- es obvio que existen profundas diferencias surgidas del diverso contexto en que esas funciones se ejecutan. Lo mismo ocurre con el saber de los abogados. Hay parentescos conceptuales entre la retórica y la dogmática⁵; pero se trata de disciplinas radicalmente distintas si atendemos al contexto en que se ejercitan. En fin, hablar de abogados puede parecer demasiado amplio, establecido que los graduados en derecho –una vez que obtienen su certificación profesional- se incorporan, al menos en

⁵ Salvat, M. *Breve Historia del estudio del derecho*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2002.

América Latina, a variadas culturas profesionales más específicas (v.gr. defensor, fiscal, juez). Adoptaré, entonces, dos precauciones. Al hablar de abogados tendré en mente a quienes habiendo obtenido una certificación en derecho en una Universidad, se desempeñan en litigios; en labores asociadas a su prevención (v.gr. negociación); o en la asesoría legal a negocios. Al hablar de los abogados, por otra parte, eludiré los tiempos largos para detenerme, en cambio, en un específico tipo histórico: el abogado surgido al amparo del estado moderno.

2. El estado moderno -un tipo de institución relativamente reciente, pero al amparo de la cual hemos configurado nuestra imaginación política- se caracteriza por reivindicar para sí, con éxito, el monopolio de la fuerza y, en base a ese monopolio, expropiar a los ciudadanos el conflicto. Vivir en el Estado quiere decir que tú careces de la posibilidad de hacer uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones sociales y que, al mismo tiempo, no puedes manejar los conflictos, sino que debes delegarlos en un tercero. En la metáfora de Hobbes -que, nada más con algunos matices, se repite en todo el pensamiento político posterior- la autogestión del conflicto haría que la vida humana fuera “solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”, resultado que, en cambio, se evitaría mediante la expropiación del conflicto⁶. Lo que conocemos como jurisdicción -o, más generalmente, como administración de justicia- alude, justamente, a ese monopolio que, respecto de la resolución de conflictos, reclaman para sí los órganos estatales. Por eso la jurisdicción moderna se encuentra íntimamente vinculada con la existencia de un sistema de reglas que estereotipan los conflictos, y a través del cual las partes deben expresar sus intereses, y con una organización formal que Weber, por ejemplo, caracterizó como una forma racional de administración de justicia⁷. No siempre fue así, desde luego: a parejas con los orígenes del estado moderno, existió un derecho consuetudinario con “voluntary enforcement”⁸. En el estado moderno, en cambio, el conflicto es despojado, por decirlo así, de sus vinculaciones con el mundo de la vida -el mundo de la vida, como sugiere Habermas, es colonizado por el derecho⁹- y, en cambio, es expresado mediante reglas y resuelto al interior de una organización. El abogado constituye, en un sistema como el que acabo de describir, un experto que media, por decirlo así, entre la extrema variabilidad de los conflictos y la sencilla caracterización que formulan las reglas. El desafío para el experto legal es permitir que el sistema normativo logre acoger la extrema complejidad del mundo social. Esa labor -en palabras de un autor como Luhmann- esa reducción de complejidad¹⁰, se ejerce por el experto legal utilizando un sofisticado equipo conceptual que acompaña también al surgimiento del estado moderno -la dogmática jurídica. La mediación de la cultura de un experto en el manejo del conflicto, aligera al conflicto de su compromiso afectivo y hace más previsible su resolución.

3. La anterior descripción -que en líneas generales simplemente resume los análisis generalmente admitidos en esta materia- permite identificar algunas de las principales

⁶ *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Parte I, Capítulo XIII* (página 103 de la edición FCE, 1940).

⁷ *Economía y Sociedad, Capítulo 6 de la tercera parte* (he tenido a la vista la edición del FCE)..

⁸ Benson, *The enterprise of law. Justice without State*, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990, p. 35.

⁹ *Teoría de la Acción Comunicativa, T.II*, Madrid: Taurus, 1988, pp. 502-503.

¹⁰ “Definiremos como complejo a un conjunto interrelacionado de elementos, cuando ya no es posible que cada elemento se relacione en cualquier momento con todos los demás, debido a limitaciones immanentes a la capacidad de interconectarlos” (...).” *La complejidad, en el sentido aquí mencionado, significa obligación a la selección (...)*”. Luhmann, N. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona: Paidós, 1990, p. 69.

características, algunas de ellas inconsistentes entre sí, que adquiere, de una manera persistente, la profesión legal.

Desde luego, y como ha sido sugerido¹¹, el abogado suele encontrarse en medio de lo que pudiéramos denominar una inconsistencia de roles, es decir, parece estar demandado por expectativas que no es fácil conciliar. De una parte, mantiene contactos frecuentes con otros profesionales del área y posee una cierta simetría de intereses con la organización en la que desempeña su trabajo, el tribunal. De otra parte, mantiene una cierta relación con su cliente, cuyos intereses habrá de promover legitimándolos mediante la invocación de reglas. El abogado pertenece al aparato de justicia, guarda relaciones de fidelidad con él; pero, al mismo tiempo, ha establecido una relación de confianza con el cliente cuyos intereses y expectativas debe proteger. Es probable que estas expectativas incongruentes a que se ven sometidos los abogados, se expresen bien en la distinción clásica entre *advocaci* y *iurisprudente*, entre *prolocutor* y *abogado* en la tradición mediaeval, o, con algunas reservas, entre *solicitor* y *barrister*: entre quien defiende a otro, y quien administra el saber de su profesión. Desde luego, esa inconsistencia sólo acaba por configurarse cuando la distinción comienza a disolverse desde el punto de vista de su formación¹². Esta suerte de expectativas inconsistentes en medio de las cuales suele desenvolverse la profesión legal, es la que se expresa en los dos modos de concebir la profesión de abogado, como un funcionario no empresarial de la justicia, por una parte, o como un profesional liberal, por la otra.

Algunos autores¹³, han sugerido que el modelo de abogado como un funcionario cercano al estado, parece emerger en aquellos países en los que existe una amplia tradición de constructivismo social, es decir, en aquellas experiencias históricas, como la del estado prusiano, por ejemplo, en que se ha intentado, de una manera persistente y planificada, inducir cambios sociales desde el aparato del estado utilizando, para ello, el sofisticado equipo de la técnica jurídica. En estas experiencias, el derecho es concebido como un instrumento para el cambio social deliberado, como un mecanismo del poder público administrado por una élite burocrática. En una concepción como ésta, la profesión de abogado, como ocurrió, al menos formalmente, en Alemania, está subordinada a la administración de justicia, la que decide, por ejemplo, la admisión profesional, controla la ética en el ejercicio de la profesión o regula los ingresos profesionales. En el extremo, un modelo como el que describo, puede dar lugar a que el abogado ejerza su profesión echando mano, en situaciones límite, a la razón de estado. Es suficientemente conocido, por ejemplo, cómo el abogado prusiano fue concebido como un “órgano de la justicia” e introducido, de maneras diversas, en una relación de dependencia con respecto al aparato estatal. Es sabido, también, de qué manera, al final de la república de Weimar, el tribunal supremo del Reich utilizó el concepto de “órgano de la justicia” para disciplinar a algunos abogados en procesos de carácter político. En el modelo prusiano –que se explica, como vengo diciendo, por la profunda transformación administrativa y política llevada a cabo en los siglos XVIII y XIX- la inconsistencia de roles entre la fidelidad al aparato de justicia estatal, por una parte, y la confianza, casi afectiva, con el cliente, por la

¹¹ Blumberg, A. *El ejercicio de la profesión de abogado como un juego de confianza*, en: Aubert, V., *Sociología del Derecho*, Caracas: Tiempo Nuevo, 1971.

¹² Sobre esto, Weber, *Economía y Sociedad*, VII, 4.

¹³ Paul, W. *Abogacía y Cambio Social*, en: Bergalli (editor) *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona: PPU, 1989. Posner, R., *The profession in crisis: German and Britain*, en: *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.,

otra, se decide a favor de la primera alternativa. Todo ello, claro está, fue acompañado de otra variable, a la que luego me referiré, y que forma parte consustancial de la cultura de los expertos legales, me refiero al sofisticado desarrollo de la ciencia jurídica, de la dogmática que, como veremos, contribuye también a configurar la idiosincracia del abogado.

Sin embargo, y como adelanté, el modelo de abogado como un órgano de la justicia o, como dicen los resabios de la administración borbónica que aún persisten en muchas de nuestra legislaciones, como “auxiliar de la administración de justicia”, coexiste con otro modelo, el modelo de la abogacía como profesión liberal. La abogacía como profesión liberal ha solido estar empíricamente asociada al desarrollo empresarial y mercantil y al surgimiento de una verdadera base social de la abogacía liberal que es, como ustedes saben, la existencia de una burguesía, de una clase social de empresarios y comerciantes independientes, que, de pronto, aparece como un nuevo y poderoso cliente en el mercado de la prestación de servicios de los abogados. El abogado liberal, como ha sido descrito muchas veces, adquiere en medio de este nuevo panorama una mayor independencia individual y corporativa respecto del estado. La relación de fidelidad, en vez de mantenerse del lado del estado, suele, en cambio, trasladarse al lado de los intereses del cliente y constituirse como una prestación de derecho común libremente acordada. Al contrario de lo que ocurre con el modelo típico que denominé prusiano, el abogado liberal posee una orientación más pragmática y empresarial, moralmente más indiferente a la razón de estado, más plural en las destrezas que ofrece y más vinculado a los intereses estratégicos del cliente¹⁴. En términos generales, creo que es posible sugerir que el modelo de abogado liberal está también más cerca de una concepción del derecho como un instrumento de control del poder, como una técnica de protección del individuo frente al estado. Por supuesto, la lealtad del abogado liberal hacia los intereses del cliente no significa que el abogado liberal esté puesto de espaldas hacia los valores institucionales. Lo que parece ocurrir es que el abogado liberal logra un compromiso con esos valores institucionales y profesionales que no supone, directamente, la mediación ni del estado ni de la administración.

Con todo, y como vengo diciendo, el modelo de abogado que, con alguna licencia, he denominado prusiano, y el modelo de abogado liberal, no constituyen más que modelos típicoideales, exageraciones casi cercanas a la caricatura, que no encuentran una contrapartida fáctica o empírica completamente fiel. Es probable que la profesión de abogado refleje, en los hechos, una mezcla más o menos inadvertida, de ambos modelos, aunque, por otra parte, es seguro que siempre será posible alistar a la cultura de los abogados en una u otra tradición, según cual de esos rasgos posea mayor presencia. En el caso norteamericano, por ejemplo, un ejemplo paradigmático de la profesión liberal, siempre será posible encontrar algunos fenómenos que acercan la labor de los expertos legales, de una manera no deliberada, a los intereses del aparato de justicia. Algún autor ha señalado que la estructura y las particularidades organizacionales del tribunal definen, de una manera muy relevante, el rol del defensor, incluso en un medio donde el ethos de la profesión liberal parece indesmentible. “Los objetivos de la organización –explica un autor que ha examinado la relación entre el cliente y el abogado en la experiencia norteamericana- imponen una serie de condiciones para el ejercicio de las respectivas profesiones ante el tribunal penal, a las cuales los abogados responden haciendo abandono de sus compromisos profesionales e ideológicos con el cliente acusado, poniéndose al servicio de esas pretensiones superiores derivadas de la organización

¹⁴ Posner, R. *The material basis of jurisprudence*, en: *ob. cit.*, p. 60 y ss..

del tribunal. Todo el personal del tribunal, concluye este autor, incluyendo al propio abogado del acusado, tiende a ser cooptado para convertirse en agentes de mediación que asisten al acusado a redefinir su situación y a reestructurar sus percepciones en forma concomitante con su reconocimiento de la responsabilidad penal¹⁵. El modelo del abogado liberal tampoco resulta opuesto –ni se opone necesariamente- a las lealtades hacia la corporación. Más bien la pertenencia y el control por parte de la corporación parece favorecer –como lo insinuó Hegel- una lealtad indirecta hacia el estado.

4. Pero, como adelanté, la profesión de abogado no sólo se encuentra en medio de una inconsistencia de expectativas entre la fidelidad al aparato de justicia, por un lado, y la fidelidad al cliente, por otro lado. Existe, todavía, en los abogados una evidente inconsistencia en las funciones que están llamados a cumplir enfrente del sistema normativo en su conjunto. Ocurre que las profesiones jurídicas se encuentran estructuradas en derredor de un cierto paradigma, de un cierto tipo de discurso (el saber específico de la profesión) que les confiere una especie de idiosincracia teórica. Ese paradigma es lo que se conoce –desde fines del XIX cuando Ihering contribuyó a sistematizarlo- como paradigma dogmático¹⁶. Uno de los rasgos propios de este paradigma es la creencia en la completitud de los sistemas normativos y la aspiración, en consecuencia, a que la labor del jurista es sólo la de describir reglas dotadas de autoridad. Los sistemas normativos, sin embargo, carecen de completitud y, por lo mismo, suele haber casos para los cuales el sistema normativo no provee de decisión alguna. El profesional del derecho y el jurista dogmático se encuentra así en la necesidad, simultánea, de describir el derecho positivo y, al mismo tiempo, de optimizarlo, superando el conjunto de imperfecciones que presenta. Los juristas estarían sometidos, de esta manera, a una nueva inconsistencia, a la necesidad simultánea de conocer el ordenamiento y de producir decisiones. Como ambas labores son incompatibles, el nudo de la disciplina dogmática consiste en presentar como conocimiento lo que, en verdad, es creación. Ese modo de resolver la inconsistencia (que en modo alguno equivale a mera simulación) oculta, también, algunas de las más importantes funciones de la dogmática, entre las que se cuenta la de optimizar, esto es, mejorar, el ordenamiento jurídico positivo. A fin de cuentas, lo que ocurre es que las profesiones jurídicas contribuyen a configurar el derecho, de manera que no es, en verdad, posible poner de un lado a las profesiones jurídicas y, de otro lado, al derecho, como si las profesiones jurídicas consistieran, simplemente, en reproducir lo que, de una manera u otra, ya está contenido en el sistema normativo. Cosa distinta –y aunque el paradigma dogmático no suela reconocerlo- los abogados, jueces y demás operadores del sistema, contribuimos, cotidianamente, a configurar la práctica legal, el derecho a fin de cuentas. Como ha sido muchas veces sugerido –en la obra, por ejemplo, de Carlos Nino¹⁷ y en algún trabajo de

¹⁵Blumberg, *ob. cit.*, p. 338.

¹⁶Cfr. *La Dogmática Jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1946.

¹⁷*Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: 1974. Según este autor, la dogmática se encuentra expuesta, desde sus inicios, a expectativas inconsistentes o incongruentes, puesto que, por una parte, se espera de ella una mera descripción de las normas jurídicas dotadas de validez y, por la otra, la realidad reclama una reformulación de esas mismas normas que permita salvar el conjunto de sus imperfecciones, o, si se prefiere: la actividad del jurista dogmático parece hallarse sometida a dos directivas o reglas del juego, *primma facie* incompatibles: de un lado, la directiva según la cual ha de ceñirse al derecho positivo en términos "dogmáticos" y, de otro lado, la función que esa actividad posee de adecuar esas mismas normas a ciertas valoraciones o ideales dotados de prestigio. La primera directiva provendría de su deseo de someterse a los cánones de cientificidad socialmente vigentes (que lo impedirían tomar posición ante un *praxis* por principio, irracional); la segunda directiva provendría, a su vez, de la función que le compete en

Luhmann¹⁸ - la dogmática constituye una manera de resolver la inconsistencia de roles a que se ve expuesto el jurista quien, por recurso a un conjunto de técnicas que han sido largamente descritas y entre las que se cuenta por modo predominante el modelo del legislador racional, suple las insuficiencias del sistema normativo por la vía de imputar, a la luz de ciertos presupuestos políticos o morales, soluciones no previstas por el sistema. La dogmática cumple así, en ocasiones, funciones de un verdadero equivalente funcional de la legislatura. Existe, pues, pudiéramos decir, una vinculación indisoluble entre el sistema normativo, la dogmática y las profesiones jurídicas. Cuáles sean las características de un sistema jurídico dependerá, entonces, de una manera relevante, de la cultura profesional de los operadores.

En otras palabras, la profesión de abogado se configura, por decirlo así, en medio de dos tensiones: un conflicto de lealtades entre los intereses del cliente y los valores subyacentes al sistema legal, por una parte, y una cierta inconsistencia entre la necesidad de describir un sistema normativo y la necesidad de optimizarlo, por otra parte.

Deseo sugerir que esas dos son características específicas de la profesión legal. Cuán conscientes estemos de esas características puede tener influencia, como insistiré luego, en la fisonomía de la educación legal.

5. Junto con lo anterior, los abogados presentan todavía algunas características que son comunes a la cultura de las profesiones. Hay abundantes descripciones de estas características. Quizá baste aquí un resumen algo impreciso. Durkheim¹⁹ enfatizó que las profesiones, entre otras la profesión legal, ayudaban a evitar la anomia y contribuían a la cohesión social. Esta función de las profesiones explicaría un “toma y daca” implícito entre el estado y los cuerpos profesionales: el estado prestaría protección a esos cuerpos, sugirió Durkheim, por la disciplina que eran capaces de proveer. Hegel, en su descripción de la sociedad civil acentuó también esas características mediadoras de las profesiones que adoptan la forma de corporaciones²⁰. El punto de vista funcionalista respecto de las profesiones (que Durkheim, como anota Luhmann, inaugura) subraya la ideología del altruismo y del bien común, la ideología de servicio, con que los cuerpos profesionales

el marco de la división social del trabajo de obtener decisiones pertinentes y oportunas para una realidad social que, tal cual ocurre en el Estado Moderno, presenta un alto grado de complejidad y diferenciación social..

16Niklas Luhmann -un autor difícil, pero agudo, que ha hecho de la dogmática uno de los motivos principales de su trabajo intelectual- ha llamado la atención acerca del hecho que la dogmática no consiste en apearse a los textos dotados de validez o autoridad, sino que, justamente, en lo opuesto, a saber, consistiría en desapearse de esos textos, en alejarse de ellos, sin que esa operación se traduzca -y he aquí lo peculiar de la dogmática- en negarles a esos textos validez o autoridad. Las normas, sostiene Luhmann, aparecerían socialmente como axiomas innegables y la función de la dogmática sería, precisamente, aumentar la libertad en el trato de estos axiomas, sin, por ello, tener que ponerlos en cuestión. La dogmática, así, mediante la elaboración conceptual, permitiría distanciarse de los textos controlando, de esa manera, la casuística. La distinción de argumentos de lege lata y de lege ferenda, carecería, pues, de sentido al interior de la dogmática, puesto que, insiste este autor, la dogmática ni se sujeta al texto, ni lo abandona, sino que, cosa distinta, y en sus palabras, se desapega de él permitiendo, así, tratar con una casuística que, de otra manera, sería inmanejable. Cfr. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹⁹ *En la División del Trabajo Social.*

²⁰ *Filosofía del derecho,*

legitiman sus demandas. Otras perspectivas han subrayado que las profesiones ejercen un control sobre la relación entre productores y consumidores, donde la profesión define las necesidades del consumidor y el modo en que se satisfarán²¹. Larson puso de manifiesto que las profesiones definían un campo de saber y las condiciones para acceder a él²². Las profesiones, en fin, actúan, también, como grupos de presión, como corporaciones que introducen fallas en el proceso político y en la adopción de decisiones públicas.

II

6. Las precedentes descripciones son, por supuesto, orientadoras; pero requieren de alguna indagación histórica más precisa que identifique las funciones que la profesión legal ha cumplido en cada caso, particularmente, respecto del sistema político. En el caso de América Latina hay pocos estudios que examinen la función de las profesiones legales respecto del desarrollo político en su conjunto²³. Así y todo, puede sostenerse que, en general, las profesiones legales en América Latina han estado estrechamente vinculadas al surgimiento y configuración del estado nacional²⁴.

La vinculación entre la profesión legal y el surgimiento y configuración del estado nacional, debe, sin embargo, ser examinada con extremo cuidado. En esta parte, parece necesario establecer las radicales diferencias que median entre los Estados Unidos de Norteamérica, por una parte, y la región de Latinoamérica, por otra parte.

La particular índole de la revolución americana²⁵ sumada a las características de una nación de inmigrantes, hizo de los Estados Unidos de Norteamérica una cultura en la que la ley posee una especial función identitaria²⁶. La cultura de la ley, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, no integró solamente una cultura de expertos, sino que, más bien, se hizo hegemónica en múltiples esferas de la vida pública hasta constituir una cultura del rule of law²⁷. La profesión de abogado fue aligerada del deber de sostener esa cultura y el sistema adversarial –como se subrayó ya– acentuó en cambio de todo eso las lealtades con el cliente, constituyendo el tipo más puro de profesión liberal. Como fue sugerido en un influyente texto de ética profesional (Sharswood, *Legal Ethics*, 1854), el “abogado que rehúsa su asistencia profesional porque a su juicio el caso es injusto, usurpa la función del

²¹ Johnson, *Professions and Power*, Londres: 1972, p. 25.

²² *The rise of professionalism: a sociological analysis*, California: 1977.

²³ Algunos estudios disponibles son Pérez Perdomo, R. *Los abogados de América latina. Una introducción histórica*, inédito (en prensa en Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales); *Los abogados en Venezuela*. Caracas. Monte Avila, 1981. De la Maza, Iñigo, *Lawyers: From the State to the Market. Tesis para el grado Master of the Science of Law*. Stanford Law School (2001). Peña González, Carlos, *Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena*, Santiago, CPU, 1996.

²⁴ Pérez Perdomo, R. *Los abogados en América latina*, cit..

²⁵ Arendt, *On revolution*, 1963.

²⁶ Kahn, *The cultural study of law. Reconstructing legal scholarship*, Chicago, 1999. “Sin un origen étnico común, racial o herencia religiosa, la identidad americana es particularmente dependiente de la idea de derecho”.p.9.

²⁷ Kahn, cit.

juez y del jurado”²⁸. Al lado de todo eso, los juristas –quienes desarrollan el derecho desde la academia- parecieron, al revés de lo que va a ocurrir en la región de América Latina, más tarde, perder influencia directa en el proceso político. La cultura de la ley que es tan propia de los Estados Unidos de América fue detectada tempranamente por Tocqueville quien subrayó, con interés, la influencia de los abogados en la vida americana y en la configuración de su vida pública:

Si se me preguntara dónde coloco a la aristocracia norteamericana, respondería sin vacilar que no es entre los ricos, que no tienen ningún lazo común que los una. La aristocracia norteamericana está en la barra de los abogados y en el sillón de los jueces.

Cuanto más se reflexiona sobre lo que ocurre en los Estados Unidos, más se siente uno convencido que el cuerpo de legistas forma en ese país el más poderoso, y por decirlo así, el único contrapeso de la democracia²⁹

La situación para la región latinoamericana ha de juzgarse distinta. Como es sabido, las revueltas independentistas de la primera mitad del siglo diecinueve no poseyeron ni las características de una revolución social, ni, tampoco, las características de una genuina revolución política en el sentido de Arendt. En vez de sustituir a las elites hasta entonces hegemónicas, o en vez de constituir el poder, buena parte de las gestas de la independencia fueron escaramuzas militares a las que siguieron intensas disputas al interior de la elite por el control de los medios de producción del poder. Como resultado de todo eso, en la región de latinoamérica los abogados participaron en múltiples y reiterados intentos por escribir constituciones: los abogados latinoamericanos, desde entonces, parecieron más preocupados de la forma de gobierno, que del grado de gobernabilidad con que, en cada caso, contaban. En la primera mitad del siglo diecinueve, y de ahí en adelante, la región de América Latina posee una verdadera industria de constituciones, producto que en ese entonces eran más bien escaso. Contribuye, también, vigorosamente, a la dictación de Códigos³⁰. Una revisión de los diversos modelos constitucionales de América Latina,

²⁸ Luban, D. *The adversary system excuse*, en: Luban, *The good lawyer*, NJ, 1984, en: Abel (ed) *Lawyers. A critical reader*, 1997.

²⁹ *La democracia en América*, VIII.

³⁰ Entre 1751 (*Codex Iuris Bavaricus Criminalis*) y 1917 (*Códigos Civiles del Brasil y de Panamá*), se dictan, entre Europa y América Latina un total de 157 Códigos. Vid. al respecto, Bravo Lira, B. *Cronología de la Codificación en Europa y América, 1751-1997*, en: Bravo Lira, B. (ed.) *Codificación y Descodificación en Hispanoamérica*, Santiago, 1999. En la tradición europeo continental existe el derecho romano canónico que es un derecho de juristas. Ese derecho es común a los pueblos europeos y lo era también en América Latina hasta la codificación. La codificación pretende fijar esa tradición en cuerpos únicos. Pero –es obvio- la codificación posee también un significado político: mediante la dictación de Códigos los países reafirman su individualidad. El ejemplo más claro de esto último, en la tradición europea, es la tardía codificación alemana. Cfr. Pérez Perdomo, R. *Los abogados en América latina. Una introducción histórica*, cit. “A partir de 1811, América Latina se convierte en la gran productora de constituciones, un producto novedoso y escaso en la historia humana hasta ese momento (Pérez Perdomo, 1987). Cada país recién independizado redactó al menos una y, con frecuencia, varias sucesivas. La producción no se detiene en todo el siglo. Había un conocimiento político que determinaba aproximadamente el contenido de las constituciones: organización de las distintas ramas del poder público, distribución del poder entre los órganos centrales y el resto del país, relación del poder laico y el religioso, declaraciones de los derechos de los ciudadanos. Había modelos prêt-à-porter en los Estados Unidos y Francia, producto de las respectivas revoluciones de final del siglo XVIII. Estaba también la constitución española de 1812, que estuvo formalmente vigente sincopadamente en los países hispanoamericanos durante el

muestra que los abogados prefiguraron la fecunda imaginación que, más tarde, mostró la novela: la cultura de los abogados, al no estar integrada a un ethos social, pasó a formar parte de un extendido fetichismo donde las palabras arriesgan el peligro de desplazar las funciones que el derecho cumple. Si en América Latina el fetichismo de las mercancías que diagnosticó Marx para el capitalismo, es, todavía, tímido, el fetichismo de la ley ha venido ha sustituirlo con un entusiasmo digno de mejor causa. Pareciera que los abogados del siglo XIX, en vez de constituirse con una fuerte lealtad al estado (en buenas partes de la región el estado comienza a consolidarse recién hacia fines del siglo XIX) asumieron, en general, las funciones de un intelectual –o de un estamento de intelectuales- al modo del literati chino: un experto en palabras y en libros, que, en ocasiones, asumía funciones de administración del poder y, en otras, forman parte de un estrato libre y móvil que daba origen a escuelas sobre los más disímiles temas³¹. En general, este tipo de intelectual –a diferencia del funcionario- era de estilo más utópico que ideológico.³²

En el caso de Chile, en particular, los abogados cumplieron, durante el siglo diecinueve, sin duda, la función de un intelectual. Hubo intelectuales –abogados- utópicos o ideológicos en el sentido de Manheim³³. Bello, a quien tanto debe la estructuración del orden político en Chile, fue un intelectual más ideológico que utópico y quizá aquí radique una de las particularidades que el derecho ha poseído en el desarrollo de Chile. A diferencia, en buena medida, del resto de la región, en Chile el poder mostró su capacidad de constituir un orden social. Eso se logró –como era obvio- desplazando al intelectual utópico y sustituyéndolo por el intelectual ideológico que fue Bello.

Mario Góngora sugirió que en el Chile del diecinueve alcanzaron a convivir un pensamiento de rasgos utópicos e iluministas con lo que el propio Góngora denominó realismo conservador. El iluminismo habría sido sustituido, finalmente, sugiere Góngora, por ideologías "despreocupadas de los fines" y por un realismo simplemente atento a la funcionalidad de las instituciones³⁴.

Juan Egaña sería el representante típico del iluminismo utópico y católico que, con la consolidación del estado nacional, habría sido olvidado por el ideologismo en favor de la funcionalidad de las estructuras, a cuyo amparo se habrían formado los publicistas y los juristas en Chile. La figura de Andrés Bello, y antes de él Manuel de Salas, según esta interpretación, serían el paradigma de la inteligencia acomodada a las instituciones.

período de la independencia. Los juristas y políticos latinoamericanos conocían la literatura, no vacilaron en usarla ni tampoco en innovar. En la enorme colección de constituciones de la región tenemos todos los modelos: monárquicas, republicanas, presidencialistas, parlamentarias, con presidentes vitalicios que concentraban mucho del poder público, con ejecutivos débiles y colegiados, centralistas, federales, confederales, centro-federales, con declaraciones de derechos extensas o brevísimas".

³¹ Weber, *The chinese literati*, en: Gerth y Mills (ed) *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford, 1965, Cap. XVII, citado en: Brunner et al, *Los intelectuales y las instituciones de la cultura*, Flacso, 1983.

³² Manheim, sugirió –en *Ideología y Utopía*- que mientras la mentalidad utópica se evadía de la realidad esperando, paradójicamente, trascenderla, la mentalidad ideológica, en cambio, intentaba configurar a la realidad, aceptándola.

³³ Manheim, *Ideología y Utopía* (1968)

³⁴ Góngora, Mario, *El rasgo utópico en el pensamiento de Juan Egaña*, en: *Estudios de Historia de las Ideas y de Historia Social*, ob. cit., p. 229-230.

El estatismo de nuestra cultura jurídica, así como el positivismo ideológico que la caracteriza, parecen hallarse vinculados al realismo conservador de que habla Góngora. Ni el barroco del dieciseis -extraño por principio al texto y a la formalización de los mercados-; ni el iluminismo utópico y católico representado por la figura de Egaña; sino una ideología conservadora ocupada de la funcionalidad de los medios y de la producción del orden, representada por la figura de Andrés Bello, sería el paradigma a cuyo amparo se habría gestado la mentalidad jurídica nacional. La figura de Bello -cuyo brillante eclecticismo es una forma de lo que Góngora denominó "realismo conservador"- resultó seguramente más adecuada a la cultura de los únicos agentes capaces de administrar el Estado: los funcionarios adiestrados en la compleja maraña de reglamentos y legalismos introducidos por el centralismo borbón³⁵. La mentalidad utópica en la cultura jurídica nacional (Egaña en la llamada ilustración católica y luego tal vez Lastarria) nunca tuvo éxito y quizá por eso en lo que Góngora denomina la "época de las planificaciones globales" – en las épocas de espíritu utópico- la figura del jurista fue una figura conservadora y marginal. El espíritu utópico que es propio de las épocas de planificación global, no se encontró nunca en Chile en el ámbito del derecho, sino que se verificó en otras ciencias sociales, como la sociología o la economía, a las que, sin embargo, y de manera a mi juicio insensata, el derecho procuró asemejarse. Al hacerlo, el rol social de los abogados fue devaluado y de esa devaluación, a mi juicio, no se recupera hasta hoy.

Es probable que el realismo conservador de A. Bello –un apasionado del orden, como se ha dicho en una muy reciente biografía suya- haya influido buena parte de nuestra cultura jurídica, contribuyendo, así, a algunas de las mejores ventajas institucionales que presenta nuestro país; aunque es probable también que ese mismo espíritu, o mejor, una exageración casi patológica de ese mismo espíritu, sea el que haya favorecido un cierto positivismo rampante en nuestros estudios de derecho.

7. Seguramente como resultado de las transformaciones que nuestro país experimentó durante la época del estado de compromiso, entre los años 1932 y 1973, el papel social del jurista fue lentamente devaluado. Mientras en la época de la consolidación del estado – particularmente durante la segunda mitad del siglo diecinueve- el jurista era el intelectual por antonomasia y el encargado, por lo mismo, de deliberar acerca del curso del orden social en su conjunto -como lo muestran los ejemplos de Egaña y de Bello- durante el siglo XX el jurista fue, en cambio, desplazado de esa importante función social por otras disciplinas que, instaladas en las universidades hacia los años sesenta, pretendían poseer mejores armas metodológicas para hacer frente a esa época extendida que Mario Góngora denominó la época de las planificaciones globales. La sociología, primero, y la economía, después, ocuparon el lugar de los intelectuales que los juristas habían desempeñado casi sin oposición durante el siglo XIX. El fenómeno, como es suficientemente sabido de todos nosotros, culminó con un intento de reformar la enseñanza del derecho consistente en asemejar las disciplinas jurídicas a esas otras disciplinas que aparentaban mayor seguridad metodológica y teórica que el derecho. Las escuelas de derecho olvidaron así el carácter práctico de la disciplina de que se ocupan, y pretendieron, desoyendo el viejo consejo de Aristóteles, demostrar allí donde sólo cabía persuadir.

³⁵Cfr. Véliz, Claudio, *La tradición centralista de América Latina*, Barcelona: Ariel, 1984, páginas 76 y siguientes.

El plan de estudios de derecho del año 1932 –antecedido, como veremos, por otros intentos de reforma- prefiguraba lo que iba a comenzar a ocurrir casi 45 años más tarde. Es cierto que en ese plan de estudios no había ningún intento como el de los años setenta, y es cierto que en él no se intentaba explícitamente aún asemejar el estudio y la enseñanza del derecho a esas otras disciplinas que presumían de ser más seguras y más firmes; pero, así y todo, late en el plan de estudios del año 1932 , un cierto aire positivista, una cierta convicción que el derecho constituye una disciplina más parecida a las matemáticas que a la retórica, una ciencia más teórica que práctica. A contar de ese plan de estudios, me atrevería yo a decir, los juristas en Chile comenzaron a abandonar el propósito explícito de orientar la praxis, para, en cambio de ello, hacerse más bien dóciles a ella.

8. Así entonces, mientras durante el siglo diecinueve los abogados cumplieron el papel de un intelectual (a veces utópico, como Egaña, a veces ideológico, como Bello), la situación cambió durante la época de “estado de compromiso”. En esta época, que se extiende convencionalmente desde 1932 a 1973, los abogados comenzaron a configurar para sí la fisonomía de miembros de una cultura de expertos orientados hacia el ejercicio de una profesión liberal. El año 1932 –año de la reforma de los estudios de derecho en la Universidad de Chile, la Universidad, en ese entonces, sin duda, paradigmática- esa fisonomía propia de una cultura de expertos se asienta casi de modo definitivo.

Esa fisonomía de expertos, fue, sin embargo alterada cuando se inicia eso que Góngora denominó “época de las planificaciones globales”. En la época de las planificaciones globales, la profesión de abogado fue desplazada por otras profesiones como la sociología, primero, y la economía, después. A fines de los sesenta y comienzos de los setenta, la profesión legal reaccionó acercándose a esas disciplinas aparentemente más firmes y más seguras de sí mismas³⁶ . En las reformas de los años sesenta y comienzos de los setenta, es posible observar, en efecto, el intento de asemejar el derecho a las características de las ciencias sociales en sentido estricto. El intento acabó, durante el régimen militar, por una vuelta a un plan de estudios que, en lo fundamental, retomaba el espíritu del currículum del año 1932.

III

9. Los rasgos que acabamos de revisar permiten entender, y al mismo tiempo, evaluar, algunas de las principales características que la educación legal posee en la región de latinoamérica y en Chile.

Con el riesgo inherente a cualquier generalización, puede intentarse una caracterización general de la educación legal latinoamericana, del siguiente tenor.

10. La profesión legal en la región se encuentra crecientemente diversificada. Una persona con formación jurídica está llamada, en la región, a desempeñar múltiples funciones y a incorporarse a múltiples culturas profesionales³⁷. Todas esas funciones suponen estudios

³⁶ Peña González, C. *Hacia una caracterización del ethos legal. De nuevo sobre la cultura jurídica chilena*, cit..

³⁷ *El fenómeno es especialmente relevante en el caso de Chile. La reforma procesal penal –y otras reformas en curso- harán cada vez más plurales las ocupaciones legales.*

previos de abogacía que, en general, equivalen a un grado académico en Derecho que no es el de Doctor³⁸, sino el de Licenciado o, a veces, el de Bachiller³⁹. Un estudiante de derecho latinoamericano comienza sus estudios, en general, alrededor de los dieciocho años de edad. Al ingresar a cursar estudios de derecho, cuenta con aproximadamente doce años de estudios previos en enseñanza básica y secundaria y una experiencia social muy poco diversificada⁴⁰. La enseñanza básica y secundaria presenta variadas características en la región y fuertes diferencias según sea privada o pública. Con todo, un estudiante de primer año de derecho posee una formación general en humanidades –historia, letras- y una formación apenas básica en matemáticas; aunque no en ciencias. En general, un estudiante universitario en la región latinoamericana se sitúa en los niveles más altos de ingreso. En razón de los niveles de ingreso existe un sistema de selección informal a la universidad. Los quintiles más altos en la distribución del ingreso son los que ingresan mayoritariamente a la Universidad y los que tienen un mejor pronóstico de ser exitosos en ella. La Universidad proporciona en América Latina un camino nada más relativo de movilidad social⁴¹. Esto ha planteado algunas dudas acerca de la conveniencia de mantener universidades gratuitas⁴². En la actualidad, los principales problemas de las Universidades de la región –incluidas las facultades de derecho- es que ha crecido la cobertura (el número de alumnos⁴³ y de profesores) pero la cantidad de recursos económicos de la totalidad del sistema tendió a disminuir durante la década de los ochenta y comienzos de los noventa: el resultado es que en general el gasto por alumno en la educación superior (particularmente en la pública) es deficitario. La masividad creciente impondrá cada vez mayores costos a la innovación.

11. La carrera de Derecho se extiende en América Latina entre cinco y seis años de estudios y se dicta por Universidades Públicas y Privadas⁴⁴. La regla general de la región es

³⁸ Salvo excepciones, como Paraguay en ciertos casos.

³⁹ Es el caso de Perú, donde, según la Universidad de que se trate, la carrera de Derecho puede durar cinco o seis años.

⁴⁰ La experiencia universitaria sigue siendo en América Latina la primera experiencia de cambio en los grupos de pertenencia. Esa es una de las funciones latentes de las universidades públicas que, todavía, no logran cumplir las universidades privadas.

⁴¹ En el caso de Chile, el cambio en el financiamiento de la educación superior –de exclusivamente público a un sistema privado- no alteró la composición socioeconómica del alumnado. Una prueba que la gratuidad indiscriminada no favorece necesariamente mayor movilidad. Para el caso de Venezuela, se ha estimado que nada más un cinco por ciento de los estudiantes pertenecen a los quintiles más bajos de ingreso, no obstante que el sistema público es gratuito. Sobre Venezuela, vid. Pérez Perdomo, R. *The Venezuelan Legal Profession: lawyers in an Inegalitarian Society*, en: *Lawyers in society. The civil law world*, University California Press, 1988.

⁴² Si las Universidades acogen estudiantes de los quintiles más ricos, de ahí se sigue que una Universidad gratuita equivale a un traslado de recursos públicos a los sectores más ricos de la población. Para corregir el fenómeno, países como Chile han establecido mecanismos para focalizar mejor el traslado de recursos educacionales a los sectores de más bajos ingresos (becas, sistemas de crédito).

⁴³ Desde luego, el crecimiento en el número de alumnos es a veces resultado de la presión que ejerce la demanda o a veces expresión de una oferta más diversificada. En el primer caso –como en buena parte de América Latina- el resultado es una universidad masiva. En cualquier caso, los datos disponibles muestran que en la región de latinoamérica el cuarenta por ciento de la matrícula se concentra en Ciencias Sociales, Enseñanza Comercial y Derecho. La cifra no tiene relación con el surgimiento de la educación privada, puesto que se concentra en países que poseen la mayor incidencia de la educación pública (por ejemplo, México). *Unesco, Statistical Yearbook*, 1999.

⁴⁴ En la región existe un sistema de educación superior mixto, de Universidades Públicas y Privadas. La relación entre ambas se muestra para seis países en el cuadro que sigue:

que en el sistema universitario público no existe selección previa para el ingreso⁴⁵. En el sistema privado de educación superior –cada vez más frecuente en la región, como ya se vió- existen, en ocasiones, pruebas de admisión. Esto produce que las tasas de deserción de la carrera de derecho sean, en general, altas durante el primer año de estudios que es el que, en los hechos, opera como un sistema de selección. Para la obtención del grado académico que habilita para ejercer como abogado se exige –además de los cinco o seis años de estudio- la confección de una tesis y un examen de grado. Hay países en los que, además, se requiere –para obtener la habilitación y ejercer como abogado- prestar servicios gratuitos a personas de menores recursos (es, por ejemplo, el caso de Chile). A esos requisitos se suman, a veces, barreras de ingreso al mercado adicionales: en buena parte de los países se requiere ser miembro del Colegio de Abogados para ejercer la profesión, entregándose a ese gremio el control ético de la actividad. Se exceptúa el caso de Chile que no cuenta con esa barrera de ingreso al mercado. Aunque existan barreras, hay evidencia respecto de que el número de abogados tiende, igualmente, a crecer.

12. No es fácil, sin embargo, averiguar el número de abogados por cada cien mil habitantes en la región. Las fuentes no siempre concuerdan y, a veces, los períodos en los que hay evidencia, no son del todo comparables. Con todo, algunas cifras para el año 2.000 muestran para cuatro países latinoamericanos la siguiente tasa de abogados por cada cien mil habitantes:

Costa Rica	309
Chile	100
Colombia	254
Venezuela	290

País	Universidades Públicas	Universidades Privadas
Argentina 1991	33	29
Brasil 1988	37*	40
Colombia 1988	48	85
Chile 1990	20	40
México 1989	16	45
Venezuela 1988	16	12

*Universidades Federales

Fuente: Brunner, J.J., *Educación en América Latina durante la década de los ochenta: economía política de los sistemas*, en: Kent, R. (Ed.) *Los temas críticos de la educación superior en América Latina: Mexico, FCE, 1996*. Los datos de Unesco, por su parte, muestran que la enseñanza superior privada posee cada vez mayor importancia en la región de América latina. En El Salvador cubre el 75% de la matrícula; en Chile el 71% y en Brasil el 61%. En el extremo opuesto (mayor incidencia de la educación superior pública) están Cuba (100%), Uruguay (89%), Bolivia (82%), Argentina (79%) y México (71%).

⁴⁵ Desde luego, la no existencia de pruebas de selección, no significa que no existan mecanismos informales como, v.gr., el nivel de ingresos, la capacidad de permanencia (que es función de la calidad de la educación secundaria recibida, etc.). Chile posee mecanismos de selección académica regulares y formales en todo el sistema público. A ese sistema se adhiere parte del sector privado.

Para el año 1996, la tasa para Argentina era de 179; para Brasil de 101 en 1991; para México 208, en 1998⁴⁶. El crecimiento en el número de abogados es, en cualquier caso, un fenómeno ampliamente extendido en las últimas décadas. Baste mencionar el caso de Inglaterra (un país que cuenta con amplias barreras de entrada para la profesión): mientras en los sesenta había 20.000 solicitors, a fines de la década de los noventa esa cifra se empujaba por sobre los 95.000. Los barristers han logrado contener esa tasa de crecimiento

⁴⁷.

Es probable que el número de abogados tienda a crecer (en el caso de Chile, el número de abogados se multiplicó por más de cuatro entre 1950 y el 2.000; aunque hay evidencia que el aumento tiende a acelerarse en la última década⁴⁸). Hay varias razones para ello: el aumento de la cobertura del sistema de educación superior que experimenta la región de latinoamérica que se concentra especialmente en disciplinas como derecho⁴⁹ (aunque no el aumento de recursos, como se vió) y el crecimiento de la litigación (producto del deterioro de los grupos primarios y de la privatización de la economía) son algunos de los factores que podrían incidir. El aumento en el número de abogados producirá, sin duda, cambios en la forma de ejercer la profesión; una inmediata baja en las rentas, seguida de una proliferación de empresas legales; y algunas crisis en los modelos de comportamiento⁵⁰.

13. El plan de estudios de derecho en la región está, en general, predominantemente orientado hacia la entrega sistemática de información. Esa información es relativa a las normas formalmente vigentes y está centrado en las disciplinas y en los principales códigos, más que en las instituciones⁵¹. No se observa un currículum que considere suficientemente

⁴⁶ Pérez Perdomo, *Los abogados en América Latina*, ob.cit.; Mery, R. *La demanda por justicia: un problema de política pública*, Depto. De Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2.001; Cfr. Algunas divergencia frente a esos datos, pueden hallarse en Santos Pastor, *Estudio sobre seguridad jurídica* (inédito). Las fuentes usadas por Pastor son, en su mayoría, informes de consultoría emanados del BID y del Banco Mundial. Cifras distintas pueden ser consultadas en Pérez Perdomo, R. *Las profesiones jurídicas en América Latina. Tendencias de fin de siglo, 1999* (inédito, a ser publicado en *Derecho y Sociedad*, España).

⁴⁷ Sobre abogados en Inglaterra, puede verse Sereviratne, M. *The legal profession: regulation and the consumer*, Sweet and Maxwell, 1999.

⁴⁸ Vid, Mery, Rafael,

⁴⁹ En la región de América Latina y el Caribe, se observa un fuerte aumento de la población que cursa estudios terciarios. Mientras en 1970 lo hacía un 6.3% de la población (8.1 de hombres y un 4.5 de mujeres), el año 1997 lo hacía un 19.4 % (20.1 de hombres y un 18.7 de mujeres). Vid. Unesco, *Enrolment by level of education*, Unesco, *Statistical Yearbook 1999*. Se estima que en 1998 unos 9 millones y medio de personas estaban inscritos en la enseñanza superior en América latina, de los cuales la mitad eran mujeres. Un cuarenta por ciento de ellos están matriculados en las áreas de Ciencias Sociales, Negocios y Derecho (Cfr. Nota 20). La tasa bruta regional (porcentaje de la población en educación terciaria) se estima actualmente en cerca del 20 por ciento. Posee, sin embargo, importantes diferencias por países. La tasa más elevada es de 47% (Argentina) y es cuatro veces superior a la tasa más baja de nada más un 12% (Nicaragua). Los aumentos relativos más grandes los ha experimentando Chile, Colombia, Nicaragua y Honduras.

⁵⁰ Peña González, C. *Hacia una caracterización del ethos legal*, cit.

⁵¹ Las disciplinas jurídicas en la tradición continental son "teorías", es decir, un conjunto sistemático de enunciados que aspiran a describir consistentemente una rama o sector del sistema normativo. Cada rama o sector del sistema normativo suele equivaler, por su parte, a un Código. "El currículum tradicional explica Pérez Perdomo- estaba formado por la enseñanza de los llamados cinco códigos, usualmente con el nombre de derecho civil, mercantil, penal, procesal y procesal penal. Junto a estas grandes ramas del derecho se enseñaba (y se

los aspectos éticos o sociales del fenómeno jurídico. Ese currículum es deficitario en lo relativo a las destrezas requeridas por la profesión. No existe, en general, un desarrollo amplio en la enseñanza de técnicas de litigación, métodos alternativos de resolución de conflictos o destrezas asociadas a la oralidad. La ciencia legal latinoamericana es deductiva y sistemática, predominantemente normativa y carente de orientación empírica o sociológica (del tipo law and society o law and economics). Se observa ausencia en la formación de destrezas (skills) y valores asociados a la ética de la profesión.

14. La evaluación del proceso de enseñanza aprendizaje es altamente ritual y formalista y no es difícil apreciar en ella un cierto autoritarismo en la relación profesor-alumno. Enfatiza, por sobretodo, la retención memorística de la información previamente entregada por el profesor. No suelen evaluarse destrezas en el área de la investigación bibliográfica, ni tampoco en la escritura de papers.

15. La metodología de enseñanza predominante en la región es la “clase magistral” en que el profesor expone sistemáticamente la información. No hay, de manera predominante, estudios o análisis de casos o jurisprudencia. El método de casos es virtualmente inexistente. Hay un predominio del papel expositivo, central y autoritario del profesor. El debate en la sala de clases es sustituido por las preguntas de los alumnos relativas a la exposición del profesor. Estas características de la metodología de la enseñanza se relacionan, con toda seguridad, con los orígenes del sistema legal latinoamericano ; con el centralismo propio de la cultura de la región ; y con la debilidad de la profesión académica que es, por su parte, un resultado de la escasez de recursos del sistema educacional.

16. Uno de los rasgos más frecuentes en la región, es la inexistencia de una comunidad de académicos profesionales dedicados a tiempo completo a la investigación y la enseñanza del derecho⁵². Es este un rasgo de la totalidad del sistema universitario; aunque, con seguridad, aparece más acentuado en las escuelas de derecho. Las universidades de la región no ofrecen incentivos suficientes para la dedicación académica exclusiva y no cuentan con una carrera académica estrictamente meritocrática. A ello se suma la inexistencia de un paradigma que favorezca la investigación⁵³. El resultado es que los académicos de las escuelas de derecho en la región latinoamericana son mayoritariamente reclutados, sin concurso, de entre los abogados de mayor prestigio quienes ejercen intensamente la profesión. Como consecuencia de ello se verifica una inconsistencia de roles: los compromisos del abogado de ejercicio hacia el sistema judicial impiden la crítica

enseña) el derecho constitucional y materias integradoras o que se consideran de formación básica: principios de derecho –o introducción al derecho–, derecho romano y economía política. Básicamente éste es el currículum que viene del siglo XIX. En las décadas de 1950 y siguientes se agregaron materias como derecho laboral y derecho administrativo. Como tendencia general puede afirmarse que las escuelas de derecho abandonaron la ambición característica de final del siglo XIX y comienzos del XX de explicar todas las leyes, pero es indudable que el centro de la educación jurídica sigue siendo la explicación (y a veces la memorización) de la legislación, concentrándose en las leyes que se consideran más importantes.” Las Profesiones Jurídicas en América Latina, cit..

⁵² Profesionales en el sentido weberiano: que vivan “de” la universidad y “para” la universidad.

⁵³ Como es obvio, una ciencia jurídica puramente normativa –y de carácter deductivo– ofrece escasas posibilidades de desarrollar la investigación, entendida como la contrastación de hipótesis intersubjetivamente válidas.

hacia el sistema legal en su conjunto⁵⁴. Es probable que la situación se acentúe dada la expansión permanente del sistema y el no aumento de recursos hacia el sector. Existen, con todo, algunos fenómenos que podrían corregir la situación: la reforma al sector justicia en América Latina (promovida por agencias internacionales a partir de diagnósticos hechos por la economía neoinstitucional) está ofreciendo algunas oportunidades a la investigación en el área legal.

17. Como una consecuencia de lo anterior, hay pocos profesores de derecho en relación al número de estudiantes. Si bien, como ha sugerido Abel⁵⁵ este parece ser un rasgo propio de la tradición del derecho civil (Abel muestra que mientras en los países del Common Law hay en promedio veinte estudiantes por profesor, en los países de la tradición del derecho civil esa proporción es superior a cien), esa tendencia es particularmente aguda en la región de América Latina. La evidencia empírica disponible a nivel mundial –aunque no desagregada por disciplinas– muestra que en latinoamérica, de un total de seis millones y medio de docentes, un 13% de ellos ejercía en la enseñanza superior. La tasa, sin embargo, muestra una tendencia al alza. Mientras en 1970 había un total de 158 mil personas desempeñando funciones docentes a nivel universitario, en 1997 hay un total de 789 mil personas en esa misma función⁵⁶.

La escasez de profesores respecto del número de estudiantes, sumado a un estilo docente centrado en exposiciones (que habitualmente resumen manuales de fácil acceso), estimulan, sin duda, la ausencia de los alumnos de las aulas universitarias. De nuevo, este es un fenómeno propio de la tradición del derecho civil⁵⁷; pero que parece acentuarse en la región de latinoamérica y lusitana. En América Latina, en general, las escuelas de derecho carecen de profesores de tiempo completo y de estudiantes.

IV

18. Varios fenómenos plantean urgentes desafíos a la enseñanza del derecho que acabo recién de describir en sus rasgos más gruesos. El aumento en el número de abogados presionará para producir una mayor estratificación al interior de la profesión y una mayor competencia en la búsqueda de rentas⁵⁸. Es probable que esto estimule el surgimiento de grandes empresas legales, fenómeno que en la región ya se está produciendo.⁵⁹ Las transformaciones que la región está experimentando –la privatización de la economía, la globalización de la vida, el surgimiento en el mediano plazo de mercados complejos– demandará de la profesión legal conocimientos y habilidades que las escuelas de derecho

⁵⁴ Sobre ese fenómeno en el caso de Chile, puede verse Peña G., Carlos, *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago: CPU, 1996.

⁵⁵ *Lawyers in the civil law world*, en: Abel (ed). *Lawyers. A Critical Reader*, cit.

⁵⁶ *Unesco, Statistical*, cit.

⁵⁷ Abel, *Ibid*.

⁵⁸ Lo que sumado a la falta de control ético de la profesión, deteriorará, sin duda, las pautas de comportamiento y las lealtades al sistema legal en su conjunto.

⁵⁹ Vid. sobre el número de firmas legales en la región, *Latin Lawyer. A Who is who of latinamerican law firms, Law business research*, 1999. En este texto se registran aproximadamente un total de 185 firmas. Las más grandes –que reúnen cada una cerca de 180 abogados– se sitúan en los mercados más poderosos de la región como México, Brasil o Argentina. El promedio de un estudio importante de los países de la región, se sitúa, sin embargo, en un número cercano a los veinte abogados. Desde el punto de vista económico, las grandes firmas son un fenómeno de mercado que tiende a redistribuir rentas entre los miembros de la profesión.

latinoamericanas no están proporcionando hoy día. Al mismo tiempo, el incremento en el número de abogados aumentará la competencia por la búsqueda de rentas y hará cada vez más necesarios los estudios de postgrado y de especialización⁶⁰. La rapidez de los cambios que la región está experimentando en sus estructuras económicas, administrativas y judiciales –un resultado de la reforma económica y estatal- hará que los abogados presionen por la educación continua y que, cada vez más, se haga urgente la formación en el área de destrezas; en el desarrollo de las habilidades para la búsqueda de información; en el uso de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos; y en las técnicas orales de litigación. En fin, el desplazamiento de funciones que experimentará el estado latinoamericano⁶¹, hará surgir la litigación de interés público hasta hoy virtualmente inexistente en la región. Es probable que en el futuro las escuelas de derecho latinoamericanas tiendan a diferenciarse entre sí por la capacidad que exhiban para responder a ese conjunto de desafíos. La capacidad de adaptación de las escuelas de derecho a esas nuevas realidades, dependerá de su grado de internacionalización; de las comunidades académicas con que cuente; del grado de flexibilidad de su estructura curricular; y del número de recursos.

19. El conjunto de variables que se han descrito más arriba –las formas típicoideales de la profesión, las características de la dogmática, las transformaciones que ha experimentado el papel de los abogados y las características de la educación superior latinoamericana- muestran hasta qué punto resultaría ingenuo abrigar esperanzas en que una reforma curricular pueda modificar la enseñanza del derecho para, así hacer frente a los precedentes desafíos. Una revisión de las principales variables del problema –a las que ya nos hemos referido- ayuda a evaluar la índole del desafío de modificar la enseñanza del derecho.

19.1. En primer lugar, suele olvidarse que la profesión legal latinoamericana tuvo en el estado tradicionalmente a su principal empleador⁶². No se trató, por cierto, del estado prusiano, sino de un estado aparatoso, pero frágil, en el que se mediaban intereses corporativos. Asociado a este hecho y a características propias de la cultura de las profesiones, los abogados latinoamericanos elaboraron, sin embargo, una ideología muy intensa acerca de su relación con lo público (al que solía identificarse con lo estatal). Hoy día, la situación parece estar cambiando y los abogados se mueven más hacia el mercado y, según lo muestra la evidencia, al mercado organizado en empresas legales o corporaciones (de manera que la nueva fisonomía de la profesión tiende a alejarse del tradicional abogado concebido como profesional liberal)⁶³. El problema que esta situación de tránsito plantea a la educación legal, es la necesidad de reorientar, hasta donde ello es posible, las

⁶⁰ Desde el punto de vista económico, el aumento en el número de abogados tiende a disminuir la renta en la profesión. El resultado es que la profesión redistribuye esa renta en su interior y se estratifica. Las variables de esa estratificación son: la universidad de proveniencia; la pertenencia a empresas legales; el desempeño. El cariz familístico y tradicional que la profesión exhibía hasta hace poco en muchos países de la región, tenderá entonces a desaparecer.

⁶¹ Los procesos de modernización tienden a juridificar la vida y, por lo mismo, los abogados comienzan a producir bienes públicos (v.gr. es el caso de la litigación de consumo o la litigación medioambiental).

⁶² Cfr. Pérez Perdomo, *Los Abogados en América Latina. Una introducción histórica*, cit.; De la Maza, *Lawyers: from the state to the market*, cit. De la Maza, *Los abogados en Chile: desde el estado al mercado*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2.002..

⁶³ De la Maza, *Ibid.*

orientaciones normativas (es decir, las directrices que inspiran a la enseñanza legal) y las destrezas de la profesión. Un abogado orientado a la lealtad hacia el cliente o hacia la organización de la que forma parte, exige destrezas y virtudes que un currículum centrado en los códigos y en la dogmática no logra satisfacer.

Al mismo tiempo, la situación de tránsito en que se encuentra la profesión, obliga a examinar de mejor forma su relación con lo estatal. La identificación entre lo público y lo estatal, debe ser sustituida por una visión más plural que asegure un compromiso con valores públicos que puedan, no obstante, estar distanciados del estado. Exagerando un tanto las cosas, seguimos a veces, en las salas de clases, hablando de la profesión como si los abogados fuéramos funcionarios prusianos, y no, en cambio, como parecemos serlo cada vez más, buscadores de rentas en el mercado. Asumir esta situación de tránsito, para elaborar desde allí una distinta relación con lo público es un desafío que las escuelas de derecho deben, inevitablemente, encarar.

Se trata de un desafío que, por supuesto, la enseñanza del derecho en Chile afrontó ya alguna vez a mediados del siglo XIX cuando se discute la que quizá sea la primera de las reformas a la enseñanza legal en el Chile republicano. El año 1852 Bello abogó –con un éxito muy parcial– por un programa de enseñanza legal destinado a formar al hombre público.

Cuando Andrés Bello abogó, como digo, el año 1852, por una enseñanza del derecho destinada a formar hombres públicos, él estaba pensando en hombres capaces de gobernar y de administrar el estado, por una parte, y de hombres capaces de guiar a la opinión pública, por otra parte⁶⁴. Bello pretendía así que la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas entonces existente proveyera a la vez hombres capaces de conducir el aparato del estado (sujetos cercanos, por tanto, al modelo prusiano) e intelectuales capaces de modelar la esfera de lo público. Hoy día el gobierno del estado (desde la época de las planificaciones globales, como se sugirió más arriba) ha sido desplazado hacia otras profesiones. Los abogados, por su parte, se encuentran más orientados hacia el mercado de servicios privados. El desafío, en mi opinión, retomando la orientación de Andrés Bello, es elaborar una relación con lo público distinta a una relación con lo estatal. En vez del fetichismo estatal (consistente en atribuirle al estado una orientación intrínseca hacia el bien) es necesario que la orientación a lo público resulte consistente con las transformaciones que el estado experimenta hoy día. Lo público –concebido como un espacio distinto al estado y distinto, al mismo tiempo, al mercado– se encuentra indisolublemente vinculado al derecho. Hacerse cargo de esta relación (que no importa, necesariamente, un vínculo preciso con lo estatal) es uno de los principales desafíos que ha de encarar la enseñanza del derecho en Chile. El desarrollo, por ejemplo, de la abogacía de interés público (vinculada a la enseñanza clínica) y la influencia deliberada de las escuelas en la mejora de las instituciones legales, son líneas de trabajo que merecen ser exploradas. Por supuesto, esta vinculación con lo público, supone hacer explícitos y convertir en materia de reflexión, los ideales políticos o morales con los que el derecho se encuentra indisolublemente ligado.

⁶⁴ *Discurso del rector de la Universidad de Chile don Andrés Bello, Anuario de la Universidad de Chile, 1853, p. 555, cit. en Serrano, Sol, Universidad y Nación. Chile en el siglo XIX, Santiago, Universitaria, 1993, p. 171.*

En términos generales, lo anterior significa que la orientación de la enseñanza legal no debe ser concebida como una cuestión disciplinaria (como un arreglo de compromiso entre las diversas disciplinas que, en su conjunto, configuran al currículum de las escuelas) sino como una cuestión atingente a la concepción que acerca del derecho inspira a quienes se desempeñan en las escuelas de derecho.

19.2. En estrecha relación con lo anterior, se encuentra el lugar que ha de concederse en los estudios de derecho a la enseñanza de aquellas destrezas que demanda el mercado de las profesiones. Tradicionalmente la enseñanza de destrezas –asociadas a la litigación, a la escritura, por ejemplo- han estado ausentes de la enseñanza legal universitaria en la tradición del derecho civil⁶⁵; pero la situación es particularmente intensa en la región de América latina. La situación se agrava cuando, como es el caso, la enseñanza de destrezas es absolutamente desplazada por la enseñanza de esquemas conceptuales que se parecen más a la exégesis que a la dogmática. En la tradición del derecho civil –por ejemplo, en la tradición de Europa continental- la dogmática cumple importantes funciones públicas en la orientación y el control del poder. En el caso de la región de América Latina, en cambio, no existe propiamente hablando una comunidad dogmática vinculada con un ethos del ejercicio del poder. El comentario de la ley y su sistematización puramente virtuosa, es una forma decaída de la dogmática que se cultiva en las universidades chilenas desplazando a otros objetivos de la enseñanza legal. Como suele ocurrir, la orientación dogmática de los estudios de derecho se intentó ya alguna vez –con un éxito muy relativo, sin embargo- el año de 1902, con Letelier.

La falta de orientación hacia las destrezas y su sustitución por el fetichismo de los conceptos, no debe conducir sin embargo a promover, para la enseñanza legal, una mera orientación práctica centrada en las conductas requeridas por la profesión. El “cielo de los conceptos” –o menos que eso: el cielo de las palabras- es tan pernicioso para la profesión legal, como el activismo centrado en las destrezas, carente de una explícita orientación teórica. Quizá en esta parte, sea necesario recuperar para la enseñanza del derecho la índole práctica que, desde siempre lo ha caracterizado.

La índole práctica del derecho, sin embargo, no siempre se entiende bien.

Suele confundírsele con una orientación puramente pragmática, dócil a las destrezas requeridas por los roles que ejecuta la profesión legal (así, por ejemplo, en la disputa entre Meneses y Bello en la reforma de 1852). Otras veces suele confundirse con una versión más bien vulgar del pragmatismo, con la idea que el derecho debe estar al servicio de ideales externos a él mismo. Se trata de malos entendidos que a veces orientan de mala forma el diseño de los estudios de derecho. El carácter práctico de las disciplinas jurídicas –que exige muy sofisticadas destrezas intelectuales- se relaciona con la particular relación que guarda con la praxis⁶⁶.

⁶⁵ Abel, *ob. Cit.* Por supuesto, la enseñanza de destrezas estuvo, desde siempre, asociada a la existencia de los abogados. Operó, sin embargo, como parte de una distinción estamental respecto de los juristas. La de abogado fue siempre una profesión de formación práctica (así todavía con los solicitors en Inglaterra).

⁶⁶ Es en la *Metafísica* donde Aristóteles distingue entre el conocimiento práctico y el teórico. La mente humana, dijo, puede dedicarse a contemplar –*theorein*- las cosas sin ninguna intención de modificarlas o de

No se trata –como a veces se suele creer- de sustituir la dignidad de las teorías o de los conceptos, por la adquisición de conductas profesionalmente adecuadas. De lo que se trata es de promover, en los estudios de derecho, acciones y conductas que promuevan, de parte de los estudiantes, actitudes intelectuales más ajustadas con la índole que el derecho, como hemos visto, posee. Simulaciones de juicios o debates; análisis de sentencias; escritura de breves ensayos en los que se analizan las diversas dimensiones de moralidad o de política de un problema complejo; además de una intensa dieta de lecturas, son algunos de los contenidos que se hallan ausentes de los estudios legales en latinoamérica. Se ha sugerido – v.gr. por Andrés Baytelman- que se trata de transitar desde la enseñanza como “filosofía” a la enseñanza como “fútbol”. La idea de Baytelman, que se aviene bien con la índole práctica de las disciplinas jurídicas, sugiere que no es posible aprender derecho en términos puramente conceptuales o discursivos: es necesario aprender derecho, en muchos aspectos relevantes, de la manera en que se aprende a jugar fútbol, jugándolo⁶⁷. Todo esto supone desmentir, de una buena vez, la idea conforme a la cual de un lado se encuentra la dignidad de la teoría y, del otro, el carácter más o menos pedestre de la enseñanza de destrezas. Esa distribución binaria de teorías y destrezas, olvida que –atendida la índole práctica del derecho- las teorías son indisolubles de la práctica de cierto ripo de destrezas. Extremando un tanto las cosas, en buena medida el derecho puede ser aprendido como se aprenden – según Aristóteles- las virtudes: practicándolas. Las destrezas, en otras palabras, son

afectarlas, dejándolas, en cambio, incólumes. Así ocurre, pensó Aristóteles, con la physis o naturaleza en sentido estricto. La bellota, con los años, sugirió, se transformará en una vigorosa y fuerte encina en virtud de un principio inmanente –su physis- que la mera contemplación del agente no podría, en caso alguno, modificar. Pero, al mismo tiempo, advirtió Aristóteles, la mente humana, además de contemplar un objeto inmovible, puede originar cambios en las cosas que tiene ante sí. Así ocurre con la actividad productiva – poiesis- y así ocurre también cuando deliberamos acerca de lo que queremos ser o alcanzar, cuando deliberamos acerca de cómo queremos vivir nuestra vida o comprendernos a nosotros mismos. En este último caso, la razón humana, el logos, en la terminología aristotélica, se encamina a orientar la praxis y en vez de contemplar o producir, intenta guiar la acción hacia aquellos fines que estimamos dignos de ser apetecidos. El derecho para Aristóteles pertenece, por eso, a la esfera de la razón práctica, a esa dimensión de la racionalidad humana que se afana en conducir la praxis, en modelar o modificar, y no meramente describir, el objeto a que se refiere. El Arte Retórica es, por eso, el lugar originario donde ha de volverse cada vez que indagamos, incluso con conciencia histórica y no puramente normativa, acerca del derecho. Esta peculiar característica del derecho, conforme a la cual el derecho, o más precisamente la ciencia del derecho, aspira a guiar la acción o la praxis, y no simplemente a describirla, impone a su enseñanza una particular exigencia. Los juristas deben ser enseñados en el arte de la deliberación –cuyo paradigma es el piloto que conduce la nave en medio de roqueríos- en vez de ser adiestrados en la técnica de la demostración. En vez de ser adiestrados en una ciencia deductiva, como las matemáticas, o empírica, como la sociología, los juristas deben ser enseñados en una disciplina más cercana a las humanidades, en una disciplina que no recela de la constitutiva incertidumbre que poseen las cosas verdaderamente humanas. Así lo leemos esta vez en la Ética Nicomaquea: ...es propio del hombre instruido –dice Aristóteles- buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente tan absurdo sería, continúa Aristóteles, aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones⁶⁶. Los juristas, entonces, persuaden, intentan producir decisiones razonables que puedan guiar la acción, y de ellos no pueden solicitarse demostraciones. La naturaleza del asunto de que se ocupan los juristas –la praxis, el complejo y apasionante tejido de la acción humana que también cautiva, como sabemos, al historiador- no admite demostraciones metálicas o geométricas, sino relatos más o menos persuasivos que aspiran a retener esa magnífica incertidumbre que denominamos libertad.

⁶⁷ Baytelman, A. La capacitación como fútbol, en: *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, Ceja, año 1, número 1.

portadoras de una teoría. Así como una “forma de vida”, en el sentido de Wittgenstein, supone el aprendizaje de un conjunto de reglas que guían la acción y de justificaciones de esas mismas reglas, así también parece ocurrir en aspectos relevantes con el derecho.

En nuestro país, sin embargo, los académicos de las escuelas de derecho parecen creer que su trabajo se asemeja más al de Newton, que a un ejercicio práctico en el sentido aristotélico de la expresión. Nuestros juristas parecen creer que los conceptos legales atrapan “hechos brutos” –hechos que tienen existencia independiente de la palabra que los nombra- y que, por lo mismo, al igual que en la física de Newton o en la geometría euclidiana, es cosa de deducir de los conceptos ya existentes otros conceptos, o de combinarlos entre sí, para que la descripción de la realidad sea más fiel y más completa. Esta actitud –que equivale a lo que, con algo de desprecio, los filósofos de la ciencia llaman “realismo metafísico”- parece estar firmemente instalada en nuestra cultura, sobretodo en nuestra cultura procesal, y ha estimulado de parte de nuestros juristas una cierta irresponsabilidad política, un cierto descuido, por las consecuencias que se siguen de las palabras que emiten o de los conceptos que usan. Ihering, como ustedes saben, un jurista que se caracterizó hacia el final de su vida por una mirada más bien cruda hacia la realidad del derecho, llamaba a ese realismo metafísico “el cielo de los conceptos” y urgía, entonces, a los juristas a ocuparse de la función de las reglas.

19.3. A la búsqueda de una relación con lo público que se distancie de lo meramente estatal, y a la recuperación de la índole práctica que el derecho posee, ha de sumarse, todavía, la necesidad de que los planes de estudio del derecho no hagan abandono de la orientación dogmática que, inevitablemente, han de poseer. Es esta una exigencia íntimamente vinculada con lo que se acaba de decir.

Porque, claro está, el rechazo de esa forma de realismo metafísico –consistente, como digo, en la creencia que los conceptos legales “atrapan” hechos independientes- no ha de conducirnos a un equívoco todavía peor, a saber, a rechazar todos los conceptos sobre la base de creer que la única manera de relacionarse con ellos es esa forma de “realismo metafísico” que he venido describiendo. Es este un malentendido menos frecuente, pero igualmente peligroso que –cuando se ha producido, y se ha producido varias veces en la historia del derecho- conduce al activismo o al empirismo, es decir, a creer que los juristas deben simplemente promover intereses o, en cambio, nada más describir hechos.

La verdad, en cambio, no parece encontrarse en ninguna de las precedentes alternativas. El debate legal es parte de una práctica social que produce instituciones y crea compromisos políticos y morales que, como los personajes insurrectos de una novela, atan a sus propios autores. No hay que creer, por cierto, que la doctrina jurídica es una descripción fiel y completa del conjunto de todos los hechos jurídicos posibles; pero tampoco hay que creer que el entramado de conceptos es una simple huída de la realidad, porque, ya lo vimos, no existe ninguna realidad jurídica existente de manera autónoma del discurso que la nombra. El dilema no consiste en huir de la realidad o acercarse a ella; el dilema consiste, más bien, en constituir la realidad política y moral a la que aspiramos o, en cambio, en aceptar la realidad política y moral que han constituido otros, una realidad que, suele ocurrir, resulta inferior a nuestros deseos.

Estar advertido de lo anterior –estar advertido que la dogmática contribuye a configurar la realidad que aparenta describir- impone la necesidad de no abandonar en los estudios de derecho una orientación predominantemente dogmática; aunque con plena conciencia de las funciones políticas y públicas que esa orientación posee.

Los precedentes criterios intentan, nada más, orientar el diseño de los estudios de derecho, de una manera, como se ve, bastante general. En la práctica, esta orientación se traduce en la necesidad de estar advertido que la fisonomía de la enseñanza legal supone compromisos implícitos con cierta concepción acerca de cómo el derecho debe ser. De nuevo, esto supone eludir la definición conforme a la cual el problema fundamental –al tiempo de diseñar estudios de derecho- consistiría en responder la pregunta acerca de qué es lo que debe enseñarse. Plantear así el problema (eludiendo los compromisos públicos del diseño) arriesga el peligro de hacer la enseñanza legal una cuestión disciplinaria (una cuestión que deben resolver las diversas “cátedras” en que suelen organizarse las escuelas de derecho y el currículum).

19.4. En cuarto lugar, parece imprescindible, para la mejora de la enseñanza legal, favorecer la creación de comunidades académicas a cuyo cargo esté el diseño y la orientación de la enseñanza legal. Una comunidad académica, es un cuerpo de académicos profesionales dedicados, de manera preferente o exclusiva, a la investigación y la enseñanza del derecho. Una comunidad académica, con sentido de pertenencia, compartiendo un mismo proyecto de trabajo intelectual, parece ser un recurso indispensable para mejorar sostenidamente la enseñanza legal. La ausencia de una comunidad académica profesional –que funcione como un núcleo básico de la institución- es uno de los principales problemas de las escuelas de derecho. La ausencia de académicos profesionales y la presencia predominante, en cambio, de profesionales activos del foro, arriesga el peligro de una cierta inconsistencia de roles: mientras la función académica demanda una actitud crítica hacia el foro y el sistema legal en su conjunto, la profesión de abogado activo –sobretudo en nuestros países-. supone compromisos y lealtades hacia el aparato de justicia. Los profesionales que desempeñan labores docentes –pero cuya renta e intereses se encuentran más directamente asociados al foro- poseen, en general, un muy débil compromiso con el desarrollo institucional y la experiencia pone de manifiesto que su conducta muestra un bajo grado de convergencia con la mejora más radical de la enseñanza. En otras palabras, el entorno de incentivos para un profesional de dedicación parcial -o menos que parcial- a la Universidad hace más feble su compromiso, o su disponibilidad, hacia la mejora sostenida de la enseñanza del derecho.

19.5. La constitución de comunidades académicas parece ser función, por otra parte, del grado de investigación que las escuelas de derecho puedan promover. Una escuela de derecho exclusivamente orientada a la enseñanza no parece ser capaz de contar con la reflexión suficiente para emprender una reorientación de los estudios de derecho. Sin la existencia de esas comunidades académicas –que a partir de la investigación reorienten la docencia- la reforma a los estudios de derecho, arriesga el peligro de transformarse en una mejora curricular, puramente prescriptiva, un ropaje tras el cual los viejos estilos y metodologías seguirán imperando.

19.6. Nada de lo anterior es posible, sin embargo, sin contar con recursos que permitan reorientar, de manera sostenida, la enseñanza del derecho. Suele olvidarse que la actual fisonomía de la enseñanza del derecho en la región de latinoamérica se debe, entre otras cosas, a su bajo costo en relación a formas de enseñanza más sofisticadas. Hay alguna evidencia empírica que pone de manifiesto que la expansión de los estudios superiores en la región, se ha hecho al precio de abaratar la enseñanza (quizá por eso un cuarenta por ciento de los estudiantes de la región estudian ciencias sociales y derecho). En la actual situación, ni las escuelas de derecho deben invertir demasiados recursos en sostener sus programas, ni los alumnos deben consumir demasiado tiempo en asistir a ellas. Profesores de tiempo parcial se remuneran por el prestigio que les provee su pertenencia universitaria y los alumnos pagan por adquirir una certificación que les permitirá –por relación al resto de la población- altas rentas futuras con bajo esfuerzo actual. Modificar la enseñanza del derecho –pasar de las palabras a los hechos- exige invertir recursos humanos y materiales que la enseñanza superior de la región de América latina parece no disponer.

Resolver el precedente problema –es bueno recordarlo- es una cuestión que excede, con creces, la mera orientación normativa que han de poseer los estudios de derecho.

La educación superior de carácter público en la región de América Latina se financia, en su mayor parte, no con cargo a los ingresos futuros de quienes estudian en ella, sino con cargo a rentas generales. El alto costo de oportunidad en el uso de esos recursos, ha llevado a que la educación superior financiada con cargo a rentas generales, vea aumentar el número de estudiantes, sin que, de manera similar, aumente el número de los profesores. Las comunidades académicas en la región, brillan, como se acostumbra decir, por su ausencia. En otras palabras, la presión por el acceso a la educación superior gratuita en la región, se ha resuelto simplemente por la vía de tolerar una educación masiva que resulta incompatible con cualesquier intento de mejora. Resolver esta situación es, desde luego, difícil. No es posible aspirar a un aumento en el presupuesto de la educación superior pública en el área del derecho –el costo de oportunidad del uso de los recursos públicos es, en tal caso, demasiado alto- ni, tampoco, es posible confiar en la venta de servicios, otra de las vías comunes de financiación universitaria en Chile. El camino que resta es financiar la mejora de los estudios de derecho simplemente con la renta futura de los estudiantes mediante un sistema de créditos. Aunque una enseñanza del derecho bien orientada produce bienes públicos –que deben ser financiados, en parte al menos, con cargo a rentas generales- esa no parece ser, todavía, la regla general en la región.