

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos entregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de existencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sección se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la perspectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S

efecto, pensamos que a lo más nos hemos encontrado con ciertas manifestaciones de usos de índole jurídica, pero que no alcanzan como para formar un ordenamiento jurídico consuetudinario, por elemental que éste sea.

Por último, habría que agregar, a modo más general, que resulta alarmante esta suerte de capitulación propiciada por el Estado, que obliga a renunciar o conceder atributos o facultades de decisión para que terceros resuelvan —o comiencen a resolver— los asuntos internos de aquellas minorías étnicas que efectivamente mantienen su derecho consuetudinario.

EN TORNO A LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CHILE

RODRIGO COLOMA CORREA *

“Estaba yo presente en el Tribunal del Banco del Rey, en la sala de Westminster, cuando el célebre Wilkes, después de haberse sustraído algún tiempo a la sentencia que esperaba se presentó de improviso para recibirla. No es fácil imaginar hasta qué punto esta comparecencia inesperada confundió a los jueces. La forma procesal requería, no que se presentase él mismo sino que apareciese remitido por el *sheriff*; faltando esta forma, el desconcierto de la justicia era verdaderamente cómico. Al fin se le dijo: “Señor, particularmente quiero creer que usted se encuentra ahí, ya que usted lo dice y yo lo veo; pero no existe ningún antecedente de que la Corte en situación parecida, haya creído que debía fiarse de sus propios ojos; por lo tanto nada tiene que decirnos”. *JEREMY BENTHAM* (1).

I. Introducción

En el presente trabajo se efectuará una aproximación a ciertos aspectos problemáticos que enfrenta en la actualidad la enseñanza del

* Profesor Introducción al Derecho en la Universidad Católica de Temuco.

1. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol I. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971. Trad. de Ossorio F. Manuel, de *Traité des preuves judiciaires*, compilado por Etienne Dumont, nota 2 de p. 18.

Derecho en Chile, sugiriéndose algunas posibles estrategias para abordarlos ⁽²⁾. Para ello enfrentaré las siguientes tres preguntas atinentes a las escuelas de Derecho chilenas:

a) ¿Cuáles son los principales aspectos del actual sistema de enseñanza en el pre-grado que inciden en la producción de abogados insuficientemente capacitados para satisfacer adecuadamente una gran parte de las demandas de los ciudadanos? ⁽³⁾;

b) ¿Por qué no ha habido una modernización en el sistema universitario encaminada a superar las deficiencias indicadas en la letra precedente?;

c) ¿Cuáles cambios en la formación de pre-grado podrían provocar un favorable impacto en las futuras generaciones de abogados, en el sentido de habilitarlos para asumir un rol más acorde con lo esperado por parte de los usuarios de sus servicios? ⁽⁴⁾.

2. El presente trabajo tiene un carácter exploratorio, en el sentido de que en él se formulan algunas ideas generales que requieren ser desarrolladas con mayor profundidad en futuras investigaciones, las que deberán estar orientadas básicamente a dotarlas de mayor soporte empírico; en ese sentido, lo que pretendo es estimular la discusión sobre una temática, a la que a mi juicio no se le ha prestado la suficiente atención desde hace casi tres décadas, no obstante existir factores que debieran volver a colocarla entre aquellos asuntos que requieren con urgencia, respuestas acordes a la época que nos toca vivir.

3. El panorama que describiré no es en absoluto exclusivo de las universidades chilenas, sino que corresponde a un número importante de universidades del sistema de Derecho Continental o Civil Law.

4. Se considera, también, a algunas personas que actualmente no recurren a los abogados para resolver sus problemas, no obstante estar previstas soluciones en el ordenamiento jurídico.

II. Identificación de algunos de los elementos del modelo de enseñanza del Derecho en Chile que serían responsables de que los abogados, al momento de obtener su licenciatura en Ciencias Jurídicas, no se encuentren lo suficientemente capacitados para satisfacer adecuadamente las expectativas sociales que pesan sobre ellos.

1. *Algunas consideraciones sobre la insatisfacción social referente al papel que desempeñan los abogados en el ejercicio de su profesión*

Aun cuando las generalizaciones suelen deformar la realidad, por cuanto ella usualmente es mucho más compleja que lo que es posible reflejar en una explicación global de los problemas, no resulta una hipótesis arriesgada señalar que los abogados, en gran medida, no desempeñan parte importante de las funciones que el resto de la sociedad espera de ellos. En otras palabras, la percepción que existe en Chile sobre el rol que desempeñan los abogados es, en términos generales, insatisfactoria ⁽⁵⁾.

Lo recién expresado pareciera constituir una constante de muchos países y de diferentes épocas, lo que puede llevar a pensar que se trata de un mal endémico de las sociedades, la existencia de un sentimiento negativo hacia este tipo de profesionales ⁽⁶⁾. Ahora bien, sostener una posición como la recién indicada, además de resultar poco fecunda para la superación de deficiencias, debe ser considerada como errónea puesto que no es difícil identificar algunos factores que contribuyen a dicha disconformidad, que pueden ser modificados y, de esa manera, provocar efectos beneficiosos.

En lo que viene intentaré identificar algunas causas del desencanto hacia los abogados que son, en importante medida, consecuencia

5. Ver a modo de ejemplo: CORREA SUTIL, Jorge; BARROS LEZAETA, Luis (editores). *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres*. Santiago: CPU, 1993, p. 153-160.

6. Una postura de este tipo fácilmente podría provocar entre los abogados que las sostengan una barrera de protección ante las críticas al gremio, desconociéndose de esa manera que la legitimidad de sus actuaciones puede llegar a ser captada, a través de la percepción generalizada de la comunidad.

del tipo de formación que reciben los futuros abogados en las universidades y que, por ende parecieran ser superables con una adecuada política educacional en las facultades de Derecho chilenas (?). Los elementos que he seleccionado (*) son los siguientes:

a) *Utilización de un lenguaje que resulta confuso para quienes buscan soluciones a sus problemas a través del sistema jurídico*

Es decir, los abogados utilizan un lenguaje que muchas veces resulta ininteligible para quienes carecen de un tipo de formación similar. Pese a que los lenguajes especializados favorecen una comunicación más exacta entre quienes los dominan —en el caso que nos ocupa permite a los abogados definir con precisión los casos y soluciones aplicables, disminuyendo los riesgos de que los problemas resueltos permanezcan “abiertos”— las desventajas provenientes de la falta de comprensión de quienes son partes directamente afectadas por un problema que requiere ser resuelto, parecen ser aún mayores. Es decir, sin perjuicio que, resulta deseable que tanto en las leyes, en los contratos y en las sentencias, se utilice un lenguaje que presente una menor ambigüedad e imprecisión que el lenguaje ordinario, es también necesario que las soluciones previstas para los casos que han sido considerados, resulten comprensibles (y a partir de ello aceptables) para quienes serán afectados por ellas (?).

7. Obviamente, no creo que resolviendo dichos problemas se altere radicalmente el modelo de abogado que es susceptible de crítica, pero sí podría impulsar cierta modificación suficiente como para provocar una mejoría en la percepción existente hacia ellos.

8. Por supuesto estos elementos, no constituyen propiedades presentes en todos los abogados en nuestro país —quizás ni siquiera en la mayoría— pero sí creo, relativamente extendidos.

9. Como se podrá inferir de lo que se señalará más adelante en relación al tipo de metodología de enseñanza utilizada mayoritariamente en las escuelas de Derecho, aquella favorece la mantención del tipo de lenguaje que aquí se critica. La meto-

b) *Falta de flexibilidad para proponer soluciones creativas*

No sólo los ordenamientos jurídicos, sino fundamentalmente los abogados, hemos sido percibidos como un obstáculo para el desarrollo (¹⁰). Poseemos —utilizando un término popularizado por Thomas Kuhn hace ya algunas décadas— una matriz disciplinaria que, si bien es cierto, nos ayuda en la búsqueda de soluciones que se adecuen al marco constituido por el ordenamiento jurídico, muchas veces nos dificulta la visualización de otras posibilidades admisibles de acuerdo a nuestra legislación, las que permitirían, a veces, una solución más eficiente. En esta línea, podemos observar por ejemplo el fracaso de muchas normas que establecen llamados a conciliación y, en general, el bajo uso de medios de resolución de conflictos alternativos al litigio judicial (¹¹).

c) *Dificultad para utilizar aportes de otras disciplinas y, en general, dificultad para participar en equipos multidisciplinarios*

Así como los abogados han creado un lenguaje altamente especializado que constituye una barrera para una cabal comprensión con el resto de la sociedad, existen dificultades para que los abogados comprendan, a su vez, el lenguaje especializado utilizado en otras disciplinas, cuyos aportes resultan beneficiosos para la producción de solucio-

dología presente en las clases magistrales se orienta fundamentalmente a la transmisión de normas e interpretación de ellas, lo que ocurre en forma descontextualizada y en desmedro del desarrollo de destrezas que vayan más allá de lo memorístico y del análisis de textos. Por otra parte, no resulta ocioso señalar que este lenguaje más formalizado es útil para la investigación dirigida a auditorios que lo comprendan, por lo que su existencia en sí no resultaría de por sí, criticable.

10. HERRERA, Felipe. *Discurso /ea/ Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo* (Valparaíso, 5 al 9 de abril de 1971). Santiago: Ed. Andrés Bello, 1973, p. 130.

11. Es ilustrativo que en varias organizaciones que median conflictos en otros países prefieren utilizar en el rol de mediadores a personas que tengan el título de abogados, aun cuando saben que los términos en que redacten los acuerdos entre las partes pueden evitar en mayor medida problemas semánticos o lógicos.

nes más satisfactorias en los asuntos regulados por los ordenamientos jurídicos. De esta manera, los abogados pueden transformarse en un impedimento para alcanzar ciertos acuerdos que ellos no comprenden cabalmente y que resultarían apropiados para la resolución del conflicto; o bien, por el contrario, pueden aceptar soluciones aparentemente provistas de soporte científico, no obstante existir defectos en el razonamiento que no las hacen recomendables ⁽¹²⁾.

2. *¿Por qué se puede considerar que el modelo de enseñanza imperante en las escuelas de Derecho incide en la falta de satisfacción de ciertas demandas que la sociedad espera que sean cubiertas por los abogados?*

A continuación, intentaré dar una explicación de por qué los factores que recién he señalado como responsables —al menos en forma parcial— de la falta de satisfacción de los usuarios de los servicios ofrecidos por los abogados, son atribuibles a la formación universitaria que ellos han recibido.

Para ello, me centraré en el tipo de contenidos usuales en las escuelas de Derecho, como asimismo en la metodología de enseñanza.

a) *En relación a los contenidos*

La opción preferida al momento de elaborar los planes de estudios en las escuelas de Derecho suele ser la enseñanza de leyes que regulan determinadas materias, principalmente códigos, las que son consideradas especialmente relevantes para el ejercicio profesional. Se suelen ignorar otras fuentes formales del Derecho chileno, tales como precedentes judiciales, costumbres, principios morales o normas culturales, las que de hecho juegan un rol relevante como factores que sirven de soporte a las decisiones judiciales ⁽¹³⁾.

12. En este sentido, es ilustrativo observar la fuerza que tienen los informes periciales en las sentencias. En muchas ocasiones, se podría afirmar que los jueces delegan su facultad para decidir en los testigos expertos, cuyos informes resultan difíciles de comprender.

13. Aun cuando, la legislación no reconoce la calidad de fuentes del Derecho de ellas, con escasas excepciones es indudable la fuerza que ejercen en los jueces

En la selección de las materias a enseñar no se considera suficientemente cuáles serán los requerimientos que el mercado hará hacia los futuros abogados. En la determinación de los contenidos de las asignaturas que forman parte de los planes de estudio, sólo (o mayoritariamente) se considera la opinión de los abogados especialistas en la asignatura dedicados exclusivamente a la enseñanza universitaria o bien profesores part-time, generalmente exitosos, quienes suelen intervenir en cierto tipo de casos que muchas veces no representan las necesidades de algunos grupos importantes de la comunidad ⁽¹⁴⁾. Ello suele producir un divorcio entre lo que la mayoría de los demandantes de los servicios jurídicos requieren y lo que los propios abogados están capacitados para ofrecer.

La formación pretende ser enciclopédica. Es decir, las normas vigentes que han sido seleccionadas para el conocimiento de los alumnos, pretenden ser transmitidas en su totalidad. No se le da el suficiente peso al hecho que el estudiante una vez egresado, deberá seguir un proceso permanente de auto aprendizaje para poder prestar un buen servicio y, por ello se percibe que la modificación de un ley que había sido estudiada, tiene un impacto similar al de una “expropiación” de conocimientos, al transformar en inútiles muchas clases realizadas ⁽¹⁵⁾.

al momento de tomar sus decisiones o incluso justificarlas (esto último no se hace en forma abierta). Basta para ello ver el tipo de argumentación que los abogados litigantes presentan en los juicios. En relación a la opinión de autores destacados la situación es algo diferente, pues sus obras constituyen un punto central de la formación de los estudiantes, no obstante que tampoco se les presente abiertamente como fuentes del Derecho. Un caso muy ilustrativo es la enseñanza de la teoría finalista en Derecho Penal.

14. En general por el prestigio y la satisfacción que otorga ser profesor en una cátedra universitaria, como asimismo por la buena imagen que a las universidades les proporciona, los profesores part-time suelen ser profesionales bastante destacados en el ejercicio profesional que principalmente intervienen en juicios o contratos de cuantía elevada.

15. Este problema da cierta fuerza a las tantas veces citadas palabras de Julius von Kirchmann (siglo XIX) en el sentido que: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.

b) *En cuanto a la metodología*

El modelo de enseñanza del Derecho imperante en Chile que, afortunadamente, cuenta con excepciones constituidas principalmente por la enseñanza en clínicas —en las cuales los alumnos deben participar en casos reales asumiendo la defensa de personas, generalmente de escasos recursos— es básicamente el siguiente⁽¹⁶⁾: el profesor hace una exposición esforzándose por utilizar un lenguaje preciso. Los planteamientos suelen ser coherentes y razonablemente fundados; es decir, el profesor pretende mostrarse como un erudito sobre las materias que le corresponde enseñar. Este *discurso*, es a veces interrumpido por las preguntas de algunos alumnos (no todos tienen el valor de formularlas por temor al ridículo); para las cuales el profesor casi siempre tendrá respuesta (hay algunas excepciones más bien escasas de profesores que no temen reconocer ignorancia, o bien, no contar con una solución precisa). En términos generales, para los temas planteados se presenta una explicación (teoría) como la *correcta*, preocupándose el académico de enfatizar aquellos aspectos que no resultan aceptables de las posiciones antagónicas. Al momento de las evaluaciones, orales y escritas, se espera que el alumno sea capaz de reproducir lo más fielmente posible el mensaje que le ha sido transmitido; los disensos no son, en general, incentivados, aun cuando puedan estar bien fundados.

El modelo que acabo de presentar —por cierto muy simplificado— transmite a los alumnos la idea que el ordenamiento jurídico es coherente, completo, independiente. Su lenguaje es preciso, libre de ambigüedades y de carga emotiva. Al momento de enseñarse las leyes, difícilmente se reconocen problemas semánticos o defectos lógicos del ordenamiento jurídico.

16. No pretendo desconocer con esto las experiencias de clases activas que se realizan en algunas universidades, las que han experimentado un incremento a raíz de la enseñanza del nuevo proceso penal y, que por cierto, ofrecen un panorama relativamente alentador. Sin embargo, el impacto de éstas se debilita en gran medida por la abrumadora mayoría de clases expositivas, como también, por la dificultad de establecer sistemas de evaluación que sean coherentes con dicha metodología.

III. Razones que incidirían en la permanencia de un modelo de enseñanza del Derecho en Chile que se puede considerar obsoleto.

Paso ahora a formular algunas hipótesis sobre la perpetuación de dicho sistema de enseñanza que, a todas luces, aparece como obsoleto y despilfarrador de recursos (no sólo en la era de Internet, sino que ya a partir de la invención de la imprenta), en el cual al alumno le resulta muy fácil acceder a libros que sistematicen la información de similar manera que la ofrecida por el profesor tradicional:

1. *Dificultad para reconocer la incertidumbre que rodea a muchas de las decisiones que adoptan los abogados*

Los seres humanos sentimos la necesidad de justificar nuestras decisiones, en la medida que ellas provoquen consecuencias a las cuales les atribuimos cierta importancia. La justificación de nuestras decisiones la dirigimos, ya sea, a aquellas personas que se ven de alguna manera afectadas por nuestras elecciones y que están en una situación de exigirnos una explicación de ella; o bien, a quienes que sin que la decisión les afecte, esperamos una manifestación de aprobación frente a nuestras actuaciones, pues reconocemos en ellos cierta autoridad (o poder) para controlar nuestras actuaciones. Al justificar intentamos mostrar que existe consistencia entre nuestra decisión y un cuerpo de conocimientos compartidos (o que potencialmente podría compartirse) por la comunidad que constituye nuestro auditorio.

Para resolver los problemas de disonancia cognoscitiva⁽¹⁷⁾, es decir de falta de coherencia entre nuestras decisiones que hacemos apa-

17. León Festinger ha llamado *reducción de la disonancia cognoscitiva* al mecanismo de acuerdo al cual, una vez que detectamos inconsistencia en nuestras creencias, o bien, entre creencias y acciones nos sentimos incómodos y tratamos de reducirla mediante razones e incluso evitando información que podría aumentarla. FESTINGER, León. *Teoría de la disonancia cognoscitiva*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. Trad. de Martín Daza, José Enrique de A theory of cognitive dissonance, 1957, p. 14-16. Una elocuente muestra referente al problema que nos ocupa, la podemos encontrar en el siguiente texto: "Pasquale Saraceno... nos dejó en aquel su libro titulado *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, el testimonio traducido a términos de lógica jurídica,

recer como *la única respuesta correcta* y los estudios lógicos, semánticos y, en general científicos, que expresan lo contrario, preferimos intervenir sobre el segundo recurriendo, entre otros, a los siguientes mecanismos:

a) *Concepción mágica acerca de las palabras y de los procedimientos*

Aun cuando difícil de sostener esta visión ante el gran avance de las ciencias en los últimos siglos, ella subsiste parcialmente hasta nuestros días.

Al respecto ha de señalarse que en los ordenamientos jurídicos tiene gran relevancia el uso operativo del lenguaje, es decir, cuando *se pronuncian ciertas palabras, se escriben determinadas declaraciones, se realizan ciertos gestos*, se producen ciertos efectos independientes del acto de pronunciarlas o de escribirlas. Así, por ejemplo, para que una pareja contraiga matrimonio, es necesario el cumplimiento de ciertas formalidades, cuyo efecto es precisamente que se produzca el matrimonio; para que una persona pase a ser propietaria de un bien, es necesaria la manifestación de voluntad de cierto número de personas o la declaración de un juez, o la escrituración en un registro, etc.

Si bien es cierto, el uso operativo del lenguaje es indispensable para la atribución de efectos de muchos actos jurídicos, es posible detectar la existencia de muchos resabios de una concepción mágica en los procedimientos que distribuyen derechos y obligaciones entre las personas. A modo de ejemplo, se pueden observar ciertas reglas en relación a las notificaciones, a la primacía en ciertos casos de la prueba

del tormento del juez en busca de la verdad que choca contra el ciego paredón de la falta de certeza. Igualmente Saraceno no puede dejar de admitir que el juicio histórico es siempre solamente un cálculo de probabilidades; pero, como no puede resignarse a la idea de que un juez pueda condenar a muerte a un hombre solamente a base de un juicio aproximativo de verosimilitud, encuentra un motivo de consuelo en destacar por experiencia que, en el momento final del juicio, interviene en la conciencia del juez una especie de iluminación irracional, un verdadero y propio acto de fe, que transforma la probabilidad en certeza". CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud...*, pp. 319-320. La obra a que refiere es SARACENO, Pasquale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: Cedam, 1940, p. 14.

documental sobre la escrita, al uso de ciertas fórmulas en los escritos que presentan las partes en un juicio y en las resoluciones judiciales, etc. El mantenimiento de estas ideas inciden en una falta de flexibilidad para la aplicación de soluciones creativas para los problemas que corresponde resolver utilizando normas jurídicas (¹⁸).

b) *Falta de reconocimiento de problemas que afectan al lenguaje en que están formuladas las normas jurídicas, como de las limitaciones del conocimiento científico*

En un mundo en el cual las diferentes disciplinas son sumamente cautelosas respecto de las posibilidades reales de conocer la realidad y de comunicar mensajes sin que existan distorsiones en su recepción, los cultores de las Ciencias Jurídicas parecemos transitar, a veces, por un carril diferente. El optimismo a veces pareciera cegarnos sobre las posibilidades reales de los ordenamientos jurídicos de provocar ciertos cambios o de mantener el orden social. En ese sentido, se hacen presuposiciones sobre las posibilidades de las normas que claramente no corresponden a la realidad. Me estoy refiriendo a la dogmática que supone la existencia de un legislador perfecto, conocedor de todos los casos que pudieran llegar a ser relevantes para el sistema jurídico, que no incurre en contradicciones, que utiliza un lenguaje preciso; en suma, se pretende que ante cualquier caso que pudiera requerir una solución del sistema jurídico, sólo es posible una *única respuesta correcta*. Con esto se intenta que la labor de los jueces sólo se limita a reconocer derechos y obligaciones previamente existentes, con lo que la idea de la responsabilidad en la toma de decisiones, en gran medida se diluye.

18. Ahora bien, se podría contra argumentar que muchos de los ejemplos dados corresponden a normas promulgadas por el legislador para disminuir los costes que en un procedimiento representa la obtención de prueba. Creo que este argumento, es cierto sólo parcialmente y, en todo caso, no afecta mayormente a lo que estoy intentando demostrar. Debido a que un análisis exhaustivo de este tema excedería las finalidades de este trabajo considero que bastaría señalar que un sistema de resolución de conflictos en el que parte importante de los asuntos se terminan por no haber podido superar barreras procedimentales y no porque de acuerdo al sistema jurídico el vencedor era el que tenía el derecho y el vencido, la obligación de acuerdo a las normas generales; naturalmente, ello genera importantes costes derivados de la inseguridad.

Asimismo, en la determinación de los hechos se produce un fenómeno, en cierta medida similar: los jueces, por una parte, presentan su decisión como fundada en lo que "efectivamente sucedió", es decir, no suelen reconocer que ellos utilizan un standard de prueba distinto a la certeza, en el cual la versión que prevalece es aquella que a partir de la prueba rendida aparece como la hipótesis más probable (o que ha superado un standard de prueba más exigente) (19); y por otra parte, se habla de una "verdad jurídica" distinta a la verdad que usando una redundancia se podría considerar como verdad real (20). De esta manera se evita que la verdad opere como un criterio para determinar si una sentencia está justificada o no, reemplazándose por una serie de ritos.

Ahora bien existe un poderoso argumento de carácter prudencial en contra de la modificación de esta manera de pensar, bastante extendida entre los abogados. Este argumento se relaciona con la función de control social que usualmente realiza el ordenamiento jurídico que depende de manera importante de la idea de certeza que se espera que expresen las normas jurídicas y las sentencias judiciales. En la medida que se dé un mensaje a la comunidad de que las normas jurídicas no poseen aquellas propiedades que el optimismo ilustrado pretendió, como asimismo, que los seres humanos tenemos limitaciones importantes para reconstruir los casos que se desea solucionar, es posible que se favorezca la proliferación de conductas antijurídicas y, por otra parte, se cuestione la legitimidad del Derecho como mecanismo de regulación de conductas. Sin perjuicio, de que sería preciso contar con mayor sustento empírico para abordar esta problemática, considero que la posición paternalista que he mencionado, es bastante más débil de lo que a primera vista parece. En términos generales, la parte que es ven-

19. En este sentido puede ser considerado como un gran avance lo establecido en el artículo 340 del nuevo Código Procesal Penal que señala que: "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

20. Me refiero a la distinción entre verdad material y verdad formal.

cida en un litigio, no suele quedar con la sensación de que sencillamente no tenía la razón, sino más bien que el abogado no planteó una buena defensa de sus intereses o que el juez no era imparcial o independiente, con lo que la idea de la certeza probablemente recibirá un duro golpe. Si a los ciudadanos se le plantean las cosas como realmente ocurren, es previsible que la percepción sobre la labor de los abogados y los jueces mejore sustancialmente, pues es más fácil comprender los esfuerzos que con frecuencia realizan los jueces en el sentido de elegir aquella posición que mejor resuelva la tensión producida entre imponerle deberes a quien no ha realizado conductas conducentes a ello y no reconocerle derechos a quien efectivamente ha realizado los actos necesarios para su adquisición.

2. *Mantenimiento del coto vedado*

Señalar que el actual modelo de enseñanza del Derecho en el cual predomina la clase magistral, es mucho menos costoso que uno en el cual deba recurrirse frecuentemente a la simulación de situaciones (juicios, negociaciones) o análisis de casos parece un argumento fuerte en contra de las innovaciones metodológicas, más aún si las universidades chilenas no cuentan con grandes recursos. Creo que la afirmación precedente es bastante más débil de lo que aparenta. Una razón más profunda para la perpetuación del modelo de enseñanza actual, es que con ello se favorece, en cierta medida, que no se introduzcan profesionales de otras disciplinas que puedan participar en la resolución de problemas que tradicionalmente han estado reservados a los abogados. En la medida que se mantenga un lenguaje especializado que no permita aproximaciones al lenguaje ordinario, en la medida que se dificulte la visualización de soluciones a los problemas de relevancia jurídica que sean más eficientes al litigio, junto a otras técnicas que favorecen la creencia que somos depositarios exclusivos de ciertos conocimientos, pareciera más fácil mantener alejados a los intrusos. Sin embargo, esta posición resulta insostenible en nuestros días (21) y urge a nuestra pro-

21. POSNER, Richard. *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987* /en/ Harvard Law Review, p. 762 y ss.

fesión integrarse a otras disciplinas que permiten soluciones más adecuadas a los problemas, pues es precisamente la manera en la que podremos prestar un servicio que la comunidad valore y, por tanto, considere necesario mantener ⁽²²⁾.

IV. Algunas sugerencias preliminares de cambios que podrían ser aconsejables en el modelo de enseñanza del Derecho que prevalece en Chile

A partir del diagnóstico precedente es posible hacer algunas propuestas preliminares de cambios en la enseñanza del Derecho que pudieran revertir, en cierta medida, las deficiencias en que incurrían los abogados en la prestación de sus servicios.

Para dicha finalidad se tratará de responder dos preguntas básicas de cualquier actividad pedagógica: ¿qué enseñar? y ¿cómo enseñar aquello que se desea que los estudiantes aprendan?

1. ¿Qué enseñar?

La incorporación de cada materia a estudiar supone un costo tanto para las universidades como para los alumnos. En el contexto de la educación superior chilena donde, generalmente, el estudiante no se hace cargo de todos los costes que genera una formación de calidad al menos mediana, es particularmente necesario un eficiente uso de los recursos de los que se dispone. A esto debe sumarse que para el estu-

22. "Luego el rey dijo, que él pensaba que el Derecho estaba fundado en la razón, y él y otros tenían razón, tanto como los jueces: a lo cual respondí, que es verdad que Dios había dotado a Su Majestad con excelente ciencia, y gran talento: pero Su Majestad no había sido enseñado en las leyes de su reino de Inglaterra, y causas que conciernen a la vida, o herencia, o bienes, o fortunas de sus súbditos, no son decididas por la razón natural sino por la razón artificial y juicios de Derecho, en los cuales el Derecho es un acto que requiere largo estudio y experiencia, antes que un hombre pueda obtener su conocimiento: y que el Derecho era la medida dorada para resolver las causas de los súbditos; y la cual protegía a Su Majestad en seguridad y paz..." COKE; Edward. *Prohibitions Del Roy*. 6 Coke Rep. 280, 282 (1608), tomado de POSNER, Richard. *The decline of law...*, nota 1 p. 762.

dante existe un costo alternativo del tiempo. De esta manera los beneficios de la transmisión de un determinado contenido deben ser superiores o, al menos iguales, a los costes que representa para la Universidad el impartir una determinada asignatura y el costo alternativo del tiempo del estudiante.

Partiendo del supuesto precedente, debe establecerse una relación entre las materias que serán enseñadas al alumno y los requerimientos del mercado hacia ese futuro profesional. Si consideramos que el Derecho está en un permanente proceso de evolución —por cierto no tan vertiginoso como otras disciplinas— pareciera razonable centrarse en lo que podríamos llamar el *núcleo duro* del Ordenamiento Jurídico, entendiendo por tal aquellos contenidos cuya modificación implicaría un cambio profundo en éste y no sólo un cambio de carácter periférico⁽²³⁾.

La aplicación de este tipo de diferenciación por cierto no es tarea fácil, pero, claramente, supone el rechazo a la idea de que el estudiante debe tener un conocimiento de carácter enciclopédico.

Lo central es que el futuro profesional cuente con herramientas suficientes para adaptarse a los cambios en el sistema jurídico, preservando de esa manera una posición ventajosa respecto de quienes no tienen un conocimiento previo.

Asimismo, sería necesario contar con información proveniente de los usuarios del ordenamiento jurídico; es decir, todas aquellas personas que han tenido algún litigio o al menos algún tipo de relación con abogados. Ellos tendrían que proporcionar información acerca del nivel de satisfacción alcanzado, para lo cual sería preciso conocer sus expectativas previas y resultados alcanzados, la materia sobre la que versó la disputa, etc.

Aparte del indicador anterior que corresponde fundamentalmente a un nivel de percepción, resulta deseable contar con otro tipo de indicadores que reflejen adecuadamente las materias sobre las cuales la gente litiga, contrata, etc. A este nivel el estudio debiera examinar ins-

23. Ver el desarrollo que hace Imre Lakatos, a propósito de los programas de investigación científica. LAKATOS, Imre. *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza, 1983, p. 230.

trumentos tales como registros de ingresos de causas en tribunales, de sentencias, de escrituras públicas, etc.. Una parte importante del estudio sería la contrastación de algunas hipótesis relativas a las causas que originarían el fracaso de los abogados en ciertas causas, las que pueden ser múltiples (deficientes estrategias para abordar un caso, mala negociación, dificultad para transmitir el mensaje principal a ser comunicado; sin descartar problemas de irresponsabilidad, ignorancia, etc.).

Es así, entonces, que la determinación del currículo debiera estar centrada en el tipo de actividades que tocará desempeñar al abogado, tales como redacción de contratos, elaboración de sentencias, defensa en juicios, asesoría a clientes para la toma de decisiones, negociaciones, etc.; este tipo de actividades debiera realizarlas frecuentemente el alumno durante su carrera, con el fin de ir mejorando su técnica. Las materias que son más relevantes que sean discutidas en el pre-grado, debieran determinar el tipo de casos que debieran ser discutidos, por ejemplo, derechos fundamentales, compraventa, herencia, contrato de trabajo y ser agrupados en forma coherente. Lo que no parece recomendable es hacer una separación artificial de la manera en que los problemas son tratados, por ejemplo derecho sustantivo y derecho procesal. Los cursos no tienen por qué estar a cargo de un solo profesor. Se me objetará que el alumno de primer año no está preparado para ello. Es cierto que en ese nivel deberá realizarse algún tipo de apoyo conducente a la obtención de ciertas herramientas que permitan abordar la solución de problemas (por ejemplo: información sobre cuestiones de teoría general del Derecho). Sin embargo, la manera de aprender estas materias es precisamente practicando.

Ahora bien, creo que tan importante como la enseñanza de ciertos contenidos básicos del ordenamiento jurídico, es la enseñanza de destrezas para la realización de actividades propias de los abogados, entre ellas he seleccionado algunas de las que me parecen más relevantes:

a) *Destrezas para litigar, entendiendo por tales:*

i. Aquéllas que son necesarias para realizar un plan adecuado para iniciar un juicio, que debe contemplar entre otras cosas un diag-

nóstico acerca de las hipótesis que deben ser probadas para el éxito en el juicio, un detalle sobre las fuentes de información que permitirían probar la hipótesis última, una estimación acerca de la credibilidad de las fuentes de información que serán utilizadas, una estimación de los puntos débiles, una estimación acerca de la prueba que puede ser presentada por la contraria.

ii. Aquellas que son necesarias para comunicar adecuadamente el mensaje que se quiere transmitir. Me refiero a un adecuado uso de la voz, de los silencios, de los movimientos, como también, a una adecuada entrega de información (saber cuándo), al desarrollo de narraciones coherentes, inteligibles, que mantengan la atención del auditorio⁽²⁴⁾.

b) *Destrezas para el uso de medios de resolución de conflictos alternativos al litigio (ADR)*

El abogado debe tener habilidades para participar en negociaciones y mediaciones (cómo manejar la información, determinar cuánto debo ceder, calcular los costos reales de un litigio para determinar el mínimo de lo que estoy dispuesto a aceptar, proponer soluciones creativas, considerar las diferencias culturales entre los participantes, etcétera).

Aparte de las anteriores, hay que considerar las habilidades para participar en equipos multidisciplinarios, como también un adecuado uso de la tecnología.

2. *¿Cómo enseñar?*

La metodología de enseñanza del Derecho está fuertemente determinada por el objeto de estudio. En ese sentido, se espera que el egresado de Derecho se encuentre capacitado para ejercer la profesión desde el momento de la finalización de sus estudios, sin ser necesario

24. En Chile en los últimos años han aparecido algunos programas estables de formación en destrezas de litigación que han tenido un buen nivel de aceptación entre abogados y estudiantes de Derecho.

pasar por un período de ensayo al alero de un abogado más experimentado, como suele ocurrir. Ello, desgraciadamente, a veces va aparejado a una transmisión de “malas prácticas” pero efectivas.

Examinemos, brevemente, los que considero como algunos de los supuestos del método tradicional de enseñanza del Derecho: ⁽²⁵⁾

i) El alumno está capacitado para comprender las ideas del profesor sin que se produzcan distorsiones. En este sentido, podemos poner en duda, a lo menos lo siguiente:

ii) El profesor es capaz de expresar en un lenguaje preciso lo que desea transmitir. Además de los problemas del lenguaje ordinario que dificultan la transmisión del mensaje, tales como ambigüedad y vaguedad, debemos agregar las limitaciones humanas para transmitir lo que efectivamente queremos comunicar. En la medida que no exista una estructura de diálogo, es difícil para el hablante controlar lo que él efectivamente desea transmitir, sobre todo si los destinatarios están en una posición de conocimientos que no les permite detectar los posibles errores.

iii) Los alumnos están capacitados para entender lo que se les ha comunicado. Las preguntas abiertas que suelen hacer los profesores para comprobar si los alumnos comprendieron suelen ser muy insuficientes, ya que por la posición de en la que se encuentran los alumnos se preocuparán de no reflejar que no han sido capaces de comprender el mensaje e intentarán pasar inadvertidos ⁽²⁶⁾.

Ahora bien, no debemos perder de vista nuestra realidad, en el sentido que por regla general contamos con clases con bastantes alum-

25. Por supuesto, que en algunos casos los alumnos podrán tener una gran capacidad para comprender las ideas expresadas por el profesor y podrán sacar un buen provecho de ellas.

26. Asimismo, se producen problemas con la evaluación, ya que los profesores se muestran frecuentemente arbitrarios, al no utilizar pautas previamente desarrolladas que permitan justificar sus decisiones, no utilizar masivamente algunas herramientas que favorecen una mayor imparcialidad, tales como, sorteo de preguntas en pruebas orales, anonimato del alumno evaluado en pruebas escritas y, sobre todo porque no es lo usual que el conocimiento adquirido sea utilizado en situaciones novedosas, sino que se limita a una reiteración —ojalá textual— de lo comunicado.

nos y no con grupos reducidos como sería deseable. Tampoco contamos con profesores habituados a la elaboración de materiales para trabajar en clases.

Sin embargo, así como parece impensable que a un médico se le enseñe anatomía sólo a través de libros —afirmación que puede ser considerada en la categoría de un lugar común— debemos dar un vuelco respecto de la idea que para enseñar Derecho basta tiza y pizarrón. El alumno debe desde los primeros momentos en la carrera experimentar, debe ser enfrentado a situaciones en las que debe identificar problemas, diseñar creativamente estrategias para la solución de un caso..., es decir, su aprendizaje pasará por hacer lo que el día de mañana se espera que haga y para ello no sirve demasiado la clase tradicional ⁽²⁷⁾.

La metodología tiene que aprovechar la motivación de los alumnos, éstos deben percibir que la asistencia a clases no se puede suplir por lecturas individuales, como asimismo, que ellos pueden aportar con soluciones originales a los problemas suscitados, sin ser aplastados por un cuerpo de conocimientos, aunque muy valioso, siempre susceptible de mejoras ⁽²⁸⁾.

Por otra parte, las reformas metodológicas expresadas suponen un cambio radical en los sistemas de evaluación que deben ser coherentes con el tipo de metodología aplicada.

Una alternativa podría ser el método socrático en algunas asignaturas pues de acuerdo a él se puede exigir al alumno la preparación en forma previa a la clase mediante textos y casos, que el profesor parte del supuesto que ha leído, favoreciéndose el autoaprendizaje al tener el alumno que enfrentarse directamente a la solución de los problemas. Creo que hay que estar alerta, eso sí, de algunos problemas que presenta este método, tales como, i) puede resultar agresivo para el alumno que puede ser fácilmente expuesto al ridículo si el profesor no maneja

27. La clase magistral dificulta los disensos. El sistema es autoritario pues se pretende que el alumno replique lo que se le enseña.

28. El profesor —si se me permite la metáfora— dejará de ser solista que los alumnos escuchan y pasará a ser director de una orquesta en la que a cada alumno le corresponderá interpretar instrumentos.

adecuadamente las respuestas que formulan los estudiantes; ii) puede caer fácilmente en ciertos vicios que se han atribuido al modelo de enseñanza de la clase magistral si el profesor no está dispuesto a que algunos problemas admitan distintas estrategias de solución a las que él originariamente había previsto.

V. ¿Nos encontramos en tiempos propicios para cambiar?

No deja de resultar sorprendente leer la actualidad de la discusión que tuvo auge en nuestro país y en el resto de Latinoamérica, hace ya tres décadas, sobre la necesidad de modificar la enseñanza del Derecho. Si bien es cierto, a dicho movimiento debemos varios de los importantes avances que nuestro actual modelo de enseñanza presenta en comparación con el más arcaico que le precedió, no podemos negar que el éxito de aquel gran esfuerzo fue sólo parcial. Si leemos el negativo diagnóstico de la enseñanza del Derecho podemos constatar que conserva —en gran medida— una pavorosa actualidad. Nos preguntamos, entonces: ¿por qué ahora podríamos alcanzar metas que entonces nos fueron esquivas?

He aquí algunos factores que podrían favorecer los cambios:

i) Mayor familiarización de los estudiantes con métodos de enseñanza modernos. Estamos viviendo una época de cambios en la enseñanza primaria y secundaria en la cual se pretende, entre otras cosas, modificar el papel del profesor en el aula de manera de permitir a los estudiantes un rol mucho más activo. En este contexto, es previsible que dentro de algunos años sean los propios alumnos los que ejercerán una presión sobre las facultades de Derecho para implementar innovaciones.

ii) Aumento de la competencia. Aun cuando hasta la fecha no se ha notado un significativo impacto, el explosivo aumento de escuelas de Derecho en Chile debiera provocar un fuerte requerimiento de propuestas educativas innovadoras y con cercanía a los requerimientos del mercado ⁽²⁹⁾.

29. No obstante el notable aumento de facultades de Derecho en Chile, hay escasez de propuestas originales. Cfr. ZAVALA, José Luis. *Evolución de la oferta de*

iii) Cambios en los procedimientos. Las profundas reformas que afectan y afectarán a la justicia chilena en la presente década parecieran hacer indispensable un reperfilamiento del rol de los abogados. Estas reformas apuntan a la sustitución de sistemas escritos por juicios orales y a fomentar la solución de conflictos utilizando métodos distintos a la sentencia judicial. Para el éxito de estas reformas resulta necesario que los abogados cuenten con las destrezas profesionales que previamente he señalado. De otra manera, nos podremos constituir en obstáculos para su éxito. En cierta manera, un sistema de enseñanza centrado en clases magistrales puede tener coherencia con un sistema de procedimiento escrito en la cual los abogados litigantes no requieren un diseño sofisticado de defensa de su cliente, pues las reacciones son lentas. En cambio, con procedimientos orales y adversariales, el abogado deberá suplementar un buen conocimiento de las normas jurídicas, con una serie de habilidades que le permitan enfrentar con gran rapidez una serie de problemas inesperados, fruto de una mayor transparencia y control social.

la enseñanza del Derecho en los últimos 25 años /en/ Maturana, Mario. La enseñanza del Derecho: Una visión crítica ante un nuevo escenario de acreditación. Cuaderno n°3, serie Derecho 2000 de la Universidad Miguel de Cervantes, p. 88.