

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

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 efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, 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.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modificación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2° del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo electrónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de servicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos servicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de privacidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comerciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140. Visitado 13/05/2002.

P O N E N C I A S *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE CULTURA JUDICIAL Y
ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CHILE

FELIPE GONZALEZ MORALES *

I. *La cultura de los jueces*

Como ha sido abundantemente documentado en diversos estudios (como los llevados a cabo —cronológicamente— por Hugo Frühling, Agustín Squella, Jorge Correa, Carlos Peña y Fernando Atria, entre otros), la judicatura chilena ha poseído durante largo tiempo marcados rasgos de corporativismo y de formalismo jurídico. La actitud corporativista del sistema judicial se desarrolló al amparo de un sistema legal cuyas decisiones más cruciales quedaban entregadas a los actores políticos. Bajo ese sistema, los jueces, ya de motu proprio o ya por influencia de los actores políticos, usualmente se retraían o marginaban de adoptar decisiones que significaran auténticos desafíos para el quehacer de esos actores. En este sentido, la jurisprudencia chilena en materia de declaración de inconstitucionalidad de normas legales ha sido escasa y cuando ello ha ocurrido generalmente se ha referido a situaciones que no estaban atravesadas por conflictos políticos de envergadura.

El hecho de que durante varias décadas el sistema económico chileno estuviera centrado en la sustitución de importaciones y de-

* Profesor de Derecho y Moral, Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Investigador en la misma Facultad.

para en manos del Estado importantes decisiones en la materia, contribuyó a acentuar tales rasgos. En efecto, en el marco de dicho sistema económico, muchos de los conflictos importantes se solucionaban a través de la intervención de actores políticos, llegando sólo en escaso número a la esfera judicial.

Este corporativismo ha tenido como complemento una perspectiva formalista de los jueces acerca de su papel. Ambas características se han retroalimentado. Remontándonos en el tiempo, puede sostenerse que esta visión correspondía a aquella etapa histórica en la cual no existía en propiedad independencia de los jueces respecto de los poderes políticos. En rigor, ni siquiera regía el principio de separación de los poderes públicos. Cuando este principio se desarrolló, primero en Europa Continental y luego en América Latina, colocó al Poder Judicial en una posición desmedrada respecto de los otros poderes. En efecto, se entendió originalmente este principio de separación de los poderes públicos como imponiendo serias trabas al control judicial de la actividad de los otros poderes. En otras palabras, cada poder debía permanecer en el ámbito de su propio reducto. Pero la definición de lo que constituía el propio reducto, generalmente fue hecha de manera restrictiva en lo que a las facultades de los jueces se refería. Esto los situaba, como hemos dicho, en una posición desmedrada, puesto que eran los poderes políticos los que dictaban las normas jurídicas de aplicación general, siendo tales normas objeto de poca supervisión judicial.

En Chile como en otros países de América Latina, esta perspectiva formalista se ha fundado a menudo en una visión distorsionada del positivismo jurídico. Según esta visión, el rol de los jueces en la decisión de los casos sometidos a su conocimiento estaría reducido al de aplicadores de las normas jurídicas, entendiéndose "aplicación" como una tarea básicamente (cuando no exclusivamente) silogística, es decir, lógico-deductiva, sin que el juez aportase nada verdaderamente relevante en la decisión final alcanzada en la gran mayoría de los casos. Esta visión se halla emparentada con algunos desarrollos iniciales del positivismo jurídico en la primera mitad del siglo XIX (fundamentalmente con la Escuela de la Exégesis, que también defendía la tesis de la separación radical entre los poderes públicos a la que antes hemos hecho mención), pero desatiende la evolución

del positivismo jurídico en los 150 años posteriores. Así, en el propio Kelsen —autor positivista paradigmático y cuyos puntos de vista son en no pocas ocasiones desfigurados en estos debates— puede apreciarse cómo sus tesis se apartan sustancialmente de las de la Escuela de la Exégesis en este punto, al sostener que el acto jurisdiccional comprende tanto un aspecto de aplicación como otro de creación de derecho.

Esta perspectiva judicial predominante también ha estado caracterizada por una falta de atención hacia los principios del sistema jurídico en general y hacia los derechos fundamentales en particular. Si bien desde las primeras constituciones políticas, promulgadas en Latinoamérica después de los procesos de independencia, se han incorporado catálogos de garantías de derechos humanos, lo cierto es que históricamente tales catálogos han resultado ser escasamente operativos. La vinculación entre los principios del sistema jurídico y los derechos fundamentales es evidente en un régimen democrático: precisamente, estos derechos constituyen el núcleo de tales principios, que sirven de marco para la comprensión de un sistema jurídico de raigambre democrática.

Estas ideas, desarrolladas latamente por la teoría del derecho en el siglo XX, así como por la jurisprudencia de distintas tradiciones (del Common Law y del Derecho Continental Europeo) no han sido, sin embargo, suficientemente recogidas por el sistema judicial chileno. Conforme a la tendencia predominante en éste, en el sistema jurídico el papel central lo desempeñan las normas, concibiéndose los principios como entidades vagas y genéricas, a los que solo procede recurrir de manera supletoria, en ausencia de normas presumiblemente claras aplicables al caso. En este sentido, la jurisprudencia predominante en materia constitucional en Chile mantiene la concepción contenida en el Código Civil (de mediados del siglo XIX). Los principios constitucionales, en consecuencia, no sólo no son aplicados directamente por los jueces para la resolución de los casos que llegan a su conocimiento, sino que —salvo escasas excepciones— tampoco son empleados como herramientas para ilustrar las decisiones judiciales.

Algunas transformaciones institucionales y procesales, en especial, en lo relativo al primer aspecto, la creación de un Tribunal

Constitucional y, en el segundo, la incorporación del recurso de protección para hacer efectivos una serie de derechos reconocidos en la Constitución, se han dirigido a modificar este estado de cosas. Sin embargo, sus efectos han sido muy limitados.

El establecimiento de tribunales constitucionales fue inicialmente una medida adoptada por estados europeos de la tradición jurídica continental, como una vía para dotar de mayor efectividad a las garantías de los derechos básicos contenidos en ellas y reforzar el control de constitucionalidad. Siguiendo este método se ha logrado en esos países evolucionar en tal dirección. No obstante, en el caso chileno, estos esfuerzos se han visto enfrentados a obstáculos graves, ya que el primer Tribunal Constitucional, que entró en vigor en 1971 en virtud de una reforma a la Constitución Política de 1925, vio truncada su existencia a poco andar, con el Golpe Militar de 1973. La Constitución de 1980 establece un nuevo Tribunal Constitucional (dotado de una integración y facultades distintos al anterior), pero su legitimidad se ha visto puesta constantemente en tela de juicio debido a los mecanismos de generación de sus integrantes, que incluyen la intervención de las Fuerzas Armadas. Además, no se trata de un órgano que asuma la totalidad de la jurisdicción constitucional, ya que ésta es compartida con la Corte Suprema.

En lo relativo al recurso de protección, si bien éste en principio podría servir, con todas sus limitaciones, para expandir la protección de los derechos fundamentales, sus alcances se han visto restringidos en virtud de la intervención judicial, especialmente a través de la dictación de sucesivos Autos Acordados por la Corte Suprema que lo regulan (limitándolo). Cabe observar, sin embargo, que esto también ha sido responsabilidad de los actores políticos, al no haber éstos dictado las normas necesarias para la implementación del recurso de protección, dejando, de hecho, entregada esta tarea a la Corte Suprema. La jurisprudencia en torno a este recurso también ha mostrado fuertes inconsistencias.

Otro factor que podría haber tenido —y, de hecho, todavía podría tener— una influencia mayor a la alcanzada es la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Como se sabe, una de las reformas introducidas a la Constitución Política en 1989 consistió en recoger los estándares contenidos en tratados interna-

cionales de los que Chile es parte. Esta disposición (la del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución) ha sido utilizada de manera sistemática, sin embargo, sólo a propósito del delito de giro doloso de cheques. En las demás materias, ella ha sido empleada de manera esporádica y en no pocas ocasiones sólo de manera declarativa por la jurisprudencia, sin que influya en lo sustantivo de la decisión judicial. Señalo que ésta podría constituir una vía significativa para hacer más operativas las garantías constitucionales y así romper con el formalismo predominante no sólo porque los estándares internacionales introducen elementos novedosos en relación con el derecho de generación nacional, sino también porque los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado extensamente el alcance de tales derechos y una atención mayor a la casi nula que se les presta actualmente por los tribunales chilenos serviría para enriquecer las tareas de éstos.

Más recientemente, dos iniciativas han sido emprendidas en Chile que introducen otros elementos que podrían contribuir a tender a morigerar el formalismo judicial predominante.

La primera de ellas es la reforma de la justicia criminal. La reforma como conjunto ha estado inspirada en la idea de emprender una transformación estructural del sistema judicial en esta materia. Y una transformación en la línea de modificar los patrones de formalismo y ritualismo históricamente reinantes en la justicia penal. Así, se ha introducido un amplio rango de modificaciones a la prosecución y juzgamiento de delitos y el núcleo central del nuevo sistema lo constituye el juicio oral, que en oposición al tradicional escrito, flexibiliza y desformaliza el sistema.

En lo sustantivo, la reforma de la justicia criminal también acarrea transformaciones relevantes, procurando desmontar el enfoque normativista estrecho predominante, que giraba exclusivamente en torno a las normas del Código de Procedimiento Penal, sin referencia a la protección de determinados principios y garantías constitucionales. En este sentido, el nuevo Código Procesal Penal establece en su artículo 10 que los jueces deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar a los imputados el ejercicio de las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se hallen vigentes.

En qué medida esta reforma será exitosa en relación con los aspectos indicados es cuestión que está por verse, ya que su implementación es reciente y aún incompleta, puesto que se ha ido incorporando paulatinamente a las diversas regiones de Chile. Más incierto aún es acaso la reforma de la justicia criminal tendrá un impacto significativo en otras áreas del quehacer judicial, esto es, si una (eventual) tendencia que aleje a los jueces del formalismo en tal materia se extenderá asimismo al ámbito civil, constitucional y a otros.

La segunda iniciativa en la dirección de tender a modificar los patrones formalistas ha sido el establecimiento de una Academia Judicial. Hasta su creación a mediados de la década de los noventa, para acceder a la carrera judicial, en términos de estudios sólo se requerían los normales para cualquier abogado, es decir, haber obtenido el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en alguna Facultad de Derecho y el título de abogado expedido por la Corte Suprema. En lo sucesivo, para acceder a la judicatura, se requiere ser aceptado previamente en la Academia Judicial y aprobar sus cursos. Además, para todos los jueces, excepción hecha de los que componen la Corte Suprema, es obligatorio tomar cursos a lo largo de su carrera judicial.

El establecimiento de la Academia Judicial supone, en primer lugar, estudios profundizados en ciertas áreas sustantivas, que no entraremos a detallar aquí, pero que cubre un amplio rango de temas. Implica, además —y quizás todavía más importante— un reconocimiento de que la actividad judicial posee características específicas, muchas de ellas distintas a las del ejercicio regular de la profesión de abogado y, por lo mismo, precisa del desarrollo de destrezas también específicas. Con destrezas no me refiero aquí solamente a aspectos prácticos de la labor judicial, sino también a la aproximación del juez a los casos, a su autocomprensión como juzgador y las tareas hermenéuticas propias de la función judicial.

En lo que no es de extrañar, tanto la generación de la reforma de la justicia criminal como el establecimiento de la Academia produjeron fricciones entre los abogados que las promovían y sectores importantes del Poder Judicial. En lo referido al primer aspecto, en las etapas germinales de la reforma la visión predominante desde los jueces era que no existía una crisis significativa y que la solución a

los problemas consistía básicamente en el incremento significativo de los recursos y en introducir enmiendas parciales al sistema entonces vigente (enmiendas que, en realidad, ya habían venido siendo incorporadas a lo largo de más de un siglo). La cuestión del formalismo y ritualismo imperantes, con las consiguientes implicancias negativas para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de un estado de derecho, no aparecía reconocida como un problema por la mayoría de los jueces. De este modo, las voces judiciales recogidas en los medios de comunicación solían formular serias objeciones a la idea de una reforma estructural del sistema procesal penal. El otro frente de conflicto se produjo en relación con el rol que tendría el Poder Judicial en la generación de los distintos actores del nuevo sistema. Esto, que ya se había manifestado a comienzos de la década de los noventa a propósito de la iniciativa del Gobierno de Patricio Aylwin de crear un Consejo de la Magistratura (que le restaría atribuciones a la Corte Suprema), se volvió a plantear en relación con la reforma de la justicia criminal, en especial en relación con la forma en que operaría el Ministerio Público. Finalmente se alcanzó una solución intermedia, en virtud de la cual la Corte Suprema interviene en la designación del Fiscal General, pero el Ministerio Público no queda sometido a la supervisión de dicha Corte.

Una controversia análoga a la recién descrita se produjo en relación con la Academia Judicial, en el sentido de si ésta dependería o no del Poder Judicial. En definitiva se estableció un sistema mixto, conforme al cual el Directorio de la Academia incluye tanto a jueces como a personas ajenas al Poder Judicial.

En cuanto a los efectos potenciales de la Academia en términos de modificar los patrones formalistas y ritualistas predominantes todavía parece prematuro pronunciarse, en la medida en que son pocas las generaciones egresadas y cuyos miembros han pasado a engrosar las filas de la judicatura. En cualquier caso, queda la sensación de que el funcionamiento de la Academia mal podría significar un retroceso y que, a lo menos en alguna medida, debiera contribuir a revertir la tendencia histórica antes descrita.

En relación con los distintos aspectos que se han venido mencionando, se los puede apreciar como intentos promisorios o frustrados de introducir transformaciones en la mentalidad y actividad

práctica de los jueces. Sin embargo, ello no puede oscurecer el hecho de que a lo sumo se trata de (intentos de) soluciones parciales. En realidad, el asunto queda trunco si no se lo vincula además con transformaciones más generales en la enseñanza del Derecho.

Por una parte, lo recién señalado es relevante de manera directa respecto de los jueces, es decir, en lo que se refiere a la preparación que reciben los futuros jueces en las Escuelas de Derecho. Como es obvio, por más satisfactoria que pudiera llegar a ser la formación en la Academia Judicial, si los futuros jueces ingresan a ella con un acervo y mentalidad formalistas producto de su paso por las Escuelas de Derecho, no es demasiado lo que la Academia puede hacer e influir.

Por otra parte, el quehacer judicial, aún en el contexto más corporativista, no se construye ajeno a la interacción externa. En particular, la manera en que los abogados que litigan ante los tribunales es un factor a considerar. La forma de actuar y de argumentar de los abogados es un factor que incide en la labor judicial. Por lo mismo, las formas que asuma la enseñanza en las Escuelas de Derecho resulta también relevante para el quehacer judicial de una segunda manera, indirecta esta vez: formando a los futuros abogados litigantes, que, a su vez, influirán en la actividad y mentalidad de los jueces. Esto nos lleva al apartado siguiente.

Hace algunos años (poco antes de que se creara la Academia Judicial), se efectuó un estudio ("Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones", realizado por Antonio Bascuñán Valdés, Lucas Sierra y Juan Andrés Varas y publicado por la Corporación de Promoción Universitaria en 1993) en el que se presentó un cuestionario a un universo de 127 jueces, varias de cuyas preguntas se relacionaban con la enseñanza recibida en el pregrado. Una de las preguntas formuladas los interrogaba acerca de si detectaban carencias en la formación jurídico-dogmática, a lo que un porcentaje significativo de los jueces (un 43%) respondió afirmativamente. A los que así respondieron se les preguntó adicionalmente acaso consideraban que de haberse dedicado al ejercicio libre de la profesión habrían presentado las mismas insuficiencias. Un 56% de ese subgrupo contestó que así lo estimaba, afirmación que pareciera haberse basado en el conocimiento adquirido por los jueces al ver la forma de litigar de los

abogados frente a sus respectivos tribunales. La explicación más común (un 69% de ese subgrupo) por parte de los jueces para sustentar esa afirmación fue que los casos jurídicos generan los mismos problemas para jueces y abogados.

Cuando la encuesta se movió del terreno de las carencias dogmático-jurídicas al de las insuficiencias prácticas en la formación de pregrado, la proporción de jueces que sostuvo que éstas existían aumentó considerablemente, ya que un 71% respondió en este sentido. Más de la mitad de esas respuestas (un 57%) mencionaron las carencias en materia de Derecho Procesal práctico como las más significativas, y de entre éstas las de más frecuente mención fueron las relacionadas con el adiestramiento en el despacho judicial y el orden lógico de las sentencias y resoluciones.

Si bien es cierto que un estudio como el recién mencionado constituye sólo una mirada posible al problema, ya que quienes se hayan inmersos en una función no necesariamente perciben a cabalidad su situación, él mismo representa un índice importante para aproximarse al tema de la enseñanza de pregrado que se ofrece en las Escuelas de Derecho. Muy posiblemente, el establecimiento de la Academia Judicial, que, como se ha señalado, tuvo lugar con posterioridad al estudio, alteraría las respuestas a un cuestionario de este tipo. Sin embargo, la mayor brevedad de los estudios en la Academia Judicial comparados con los que realizan previamente sus alumnos en el pregrado, y, especialmente, el hecho de que por ser ésta anterior a aquélla y que se atiende con frecuencia en una etapa juvenil en que el alumno está más abierto a ser influenciado, marca de una manera significativa la aproximación del futuro juez frente al Derecho (y a la función de jueces y abogados respecto de él), permiten sostener que la enseñanza de pregrado continúa siendo crucial en la formación de los futuros jueces. Ello, además del efecto indirecto ya mencionado que ejercen los abogados litigantes sobre los jueces, abogados litigantes que no asisten, como es obvio, a la Academia Judicial.

II. *Repensando la enseñanza del Derecho en Chile*

La forma tradicional de abordar la educación jurídica en Chile presenta una serie de características que suponen un déficit tanto

para los futuros jueces como para los futuros abogados que deberán desempeñarse frente a esos jueces (y que incidirán en la calidad de sus decisiones).

Una primera característica relevante al respecto la constituye un énfasis excesivo en la memorización en desmedro del desarrollo de la capacidad de argumentación. Algunos podrán sorprenderse frente a esta afirmación. Esto probablemente ocurrirá en forma especial —pero no exclusiva— con aquellos que miran el problema desde fuera, es decir, aquellos que no han recibido una formación jurídica. ¿Cómo —se dirá—, si se supone que precisamente una de las destrezas más típicas de los abogados es la capacidad de argumentación? El punto es qué entendemos por capacidad de argumentación.

En general, en nuestra cultura jurídica tradicional esta “capacidad de argumentación” ha sido asociada con una serie de rasgos, tales como el despliegue histriónico, la habilidad para dar golpes de efecto y, en general, con la destreza para persuadir y convencer, en este caso a los jueces. Sin embargo, ello ha solido ir acompañado de una retórica hasta cierto punto vacía, en perjuicio de la consistencia y peso de los argumentos. Y esto, lógicamente, se refleja también a menudo en las propias sentencias, que no encuentran en las actuaciones o presentaciones de los abogados argumentos que permitan construir una jurisprudencia significativa.

En este sentido, la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos. Los primeros, frente a sus clientes y frente a los propios jueces, y los segundos frente a las partes en el proceso y, en último término, frente a la sociedad. Además, cuando abogados y jueces imparten clases, extienden este rol frente a sus alumnos. De lo que estamos hablando aquí es de una adecuada fundamentación de las propias proposiciones, en oposición a lo que John Stuart Mill llamaba —para criticarla— la repetición de verdades cuyo fundamento ha sido olvidado largo tiempo atrás.

A este respecto, la formación de los abogados en cuanto a sus capacidades argumentativas suele ser asistemática y obtenida fuera de las Escuelas de Derecho, ya sea ejerciendo como procuradores desde su época de estudiantes o más tarde —una vez ya titulados— en algún estudio profesional.

Es evidente que el ejercicio de la abogacía o de la judicatura requiere de capacidad de memorización. Lo que aquí, en cambio, se discute es el peso relativo que la memorización debe poseer respecto de otras habilidades y, en particular, de la de argumentación (sobre la capacidad de argumentación volveremos más adelante). Además, la pregunta es no sólo cuánta memorización sino memorización de qué.

El énfasis que tradicionalmente se ha puesto en las Escuelas de Derecho chilenas ha sido puesto en la memorización del contenido de las normas, que los alumnos repiten hasta adquirir la capacidad de recitarlas. Con todas las limitaciones que ello suponía en un contexto de sociedades y sistemas jurídicos menos complejos que los de hoy, su efecto no era tan grave como en el contexto actual, en el que la legislación se ha diversificado y complejizado enormemente y en el que las reformas legales se suceden vertiginosamente.

En la situación de hoy lo que se requiere, en lo que a memorización concierne, es, sobre todo, una retención del plan general del sistema jurídico y del de cada una de sus disciplinas específicas. Por así decirlo, se trata de que el alumno sea capaz de conocer las “entradas” al sistema jurídico y a sus diferentes disciplinas, de situarse en dicho sistema y disciplinas. Como es obvio, y revisaremos más adelante en cuanto a su relación con la enseñanza del Derecho, este “situarse”, en lo que se refiere al ejercicio ante los tribunales y a la labor judicial, no es genérico ni abstracto, sino que se refiere a un “situarse” en función de casos.

Mutatis mutandi, podría hacerse un paralelo con la capacitación para obtener información a través de Internet. Desde luego, una persona que aspire a obtener de manera eficaz y rápida esa información, debería poseer conocimientos acerca de sitios web en las materias de su especialidad, así como conocer de buscadores y técnicas para acceder a esos sitios y para ampliar constantemente sus fuentes de información.

Si se trae lo anterior a la cuestión de las modalidades de evaluación en las Escuelas de Derecho, un método apropiado resulta ser el de formular preguntas, problemas o casos que los alumnos deben responder con acceso a sus materiales de estudio. Desde luego, el tiempo que se asigne para elaborar la respuesta resulta crucial, de

manera de asegurarse que se desarrolle en el estudiante la destreza de acceder a información —de hallar las “entradas”— de manera rápida y eficaz.

En cambio, la forma tradicional de evaluación en las Escuelas de Derecho resulta notoriamente contradictoria con las ideas que aquí se vienen formulando. Como se sabe, esa modalidad es de carácter oral y pone un énfasis casi exclusivo en la retención de información, que el alumno simplemente repite. Suele retrucarse a lo que vengo sosteniendo que el desarrollo de habilidades orales es un elemento importante en la formación de un abogado. Sin embargo, el tipo de habilidad oral requerida en el ejercicio profesional es cualitativamente diferente al que se exige en las evaluaciones orales tradicionales, puesto que aquella, a diferencia de ésta, se centra en la capacidad de argumentación. Por lo mismo, de lo que se trata es de diseñar e implementar cursos que se concentren de manera significativa en el desarrollo de destrezas orales por parte de los estudiantes, pero no de una manera —como la tradicional— que aspire a convertirlos en oráculos en potencia, sino de otra distinta que asuma las habilidades orales de un modo integral, incluyendo no sólo la capacidad de retener información sino una serie de otras destrezas orales específicas, relacionadas con el fortalecimiento de la capacidad de argumentar oralmente.

Existe, por otra parte, una suerte de círculo vicioso en la situación actual, ya que, por la misma formación tradicional que han recibido la mayoría de los jueces, las características de la argumentación que ellos esperan de los abogados no se asocia, como apuntábamos en las primeras páginas de esta ponencia, con un sentido fuerte del concepto. Para romper el círculo vicioso se requiere, entonces, modificar las modalidades de evaluación en la enseñanza jurídica, lo que en definitiva terminará fortaleciendo una capacidad de argumentación genuina tanto en las presentaciones escritas y las alegaciones de los abogados como en las sentencias de los jueces.

Un segundo aspecto, que ya anunciáramos, se refiere al trabajo con casos. Cuando se menciona esto, se suele establecer una asociación con el sistema del “Common Law”, como si este sistema po-

seyera una especie de monopolio en la materia. Pero el sistema del Derecho Continental Europeo, del cual el Derecho chileno es tributario, se construyó originalmente sobre la base de casos. Así fue, de hecho, cómo se construyó el Derecho Romano. Sin embargo, la manera en que habitualmente se enseña el Derecho Romano en nuestro país lo presenta como un todo “cristalizado”, cuyas normas deben ser memorizadas por los alumnos de las Escuelas de Derecho. Se dice que así se los va preparando para los cursos de Derecho Civil. En rigor, se los va preparando para memorizar los contenidos de algunas de las normas del Derecho Civil.

Lo que sucede con la enseñanza del Derecho Romano ocurre también con las llamadas “asignaturas de código”. En estos casos, y bajo la influencia de una mentalidad positivista formalista, superada, como antes hemos explicado, en la Teoría del Derecho, se presentan sus normas como “cristalizadas” —o fosilizadas, sería más propio decir—. Esto se halla estrechamente relacionado con el papel de oráculos de jueces y abogados al que más arriba hacíamos mención: lo central en la enseñanza tradicional consiste en que los alumnos se impregnen de los contenidos de las normas de los códigos y, de ser posible, que las reciten. Más tarde, el asunto consistirá en recitar las normas con convicción y poder persuasivo para ganar o decidir los casos —según se sea abogado litigante o juez—.

Curiosamente —o no tanto, si se mira el asunto desde más cerca— los abogados de formación iusnaturalista no difieren mucho de los de formación positivista formalista en su mentalidad y actitud frente a las normas de los códigos y a la manera de abordarlas en los procesos de enseñanza-aprendizaje. Precisamente por la falta de desarrollo de una capacidad argumentativa genuina, los abogados de formación iusnaturalista suelen invocar ciertos parámetros de lo que consideran el Derecho Natural de manera genérica y sin explorar a cabalidad las diversas vías de aproximación e interpretación de las normas, ni tampoco el papel que pueden desempeñar no ya los principios del Derecho Natural sino los principios constitucionales y, en general, los principios del sistema jurídico, en la resolución de casos.

Por lo mismo, la invocación del Derecho Natural suele tener en la actualidad alcances más retóricos que reales ⁽¹⁾.

El considerar el estudio de casos como un elemento relevante en la formación de los futuros abogados y jueces rompe con la lógica de los oráculos. Ello lleva al alumno a aproximarse a las normas y principios del sistema jurídico de una manera problemática y a evitar, o por lo menos a reducir, una visión que asuma las normas como "cristalizadas" o poseedoras de un sentido unívoco y definitivo.

Otra consecuencia importante del trabajo con casos en la formación jurídica es que el asunto no radica sólo en determinar cuál es el sentido de determinadas normas, sino —un problema conectado al recién señalado, pero no similar— qué normas se han de utilizar en cada caso. Y en este punto permítaseme extraer un ejemplo tomado de la práctica del "Common Law" y de la enseñanza jurídica en los países que se rigen por ese sistema.

Al contrario de lo que usualmente se cree, el sistema de precedentes judiciales del "Common Law" no implica una rigidez adicional a la que poseen los sistemas del Derecho Continental. Esa visión —errada como hemos dicho—, asume que los casos pueden clasificarse fácilmente en determinados grupos o categorías, por lo cual, bajo el sistema de precedentes, los jueces presuntamente quedarían significativamente "amarrados" por las decisiones judiciales anteriores.

Pero esto no es así. Un elemento básico e inicial en la educación jurídica en esos países consiste en desarrollar en los alumnos la capacidad de establecer analogías y diferencias entre casos, mostrándoles la complejidad de esa tarea y los numerosos y diversos rumbos que pueden tomar la argumentación y la decisión de un caso. De esta manera, uno de los núcleos de su tarea consiste en determinar cuáles precedentes judiciales son aplicables al caso actual y cuáles

1. Me ha sucedido en más de una ocasión que, compartiendo un panel en un seminario con un profesor o abogado iusnaturalista de formación clásica, este parece mostrarse impotente frente a determinadas normas positivas que considera contrarias a su concepción del Derecho Natural, sin explorar suficientemente las posibilidades de interpretar esas normas positivas de una manera distinta a la predominante.

no lo son. También se les enseña a, por así ponerlo, "disecionar" las sentencias judiciales, de modo de poder distinguir los distintos aspectos que ellas contienen; esto puede conducir a que, en determinados casos, sólo algunos de los elementos contenidos en una decisión judicial previa sean aplicables al nuevo caso.

Este método de enseñanza, como es lógico, tiene un impacto relevante en la formación de los futuros jueces, que llegarán al estrado judicial con experiencia en la tarea de lidiar con precedentes y de seleccionarlos y desecharlos.

Ahora, esta metodología se encuentra vinculada también al problema de la determinación de las normas constitucionales, legales o de otro orden aplicables al caso. Cuando a los alumnos que estudian en países bajo el sistema del "Common Law" se los pone frente a casos, no sólo se les pide establecer los precedentes judiciales pertinentes, sino también las demás normas aplicables.

Esta última es, como salta a la vista, la tarea que tienen diariamente los abogados y los jueces no ya sólo en los sistemas jurídicos del "Common Law" sino también en los que operan en estados que se rigen por la tradición del Derecho Continental. Que esta sea parte —y parte relevante— de la tarea nadie lo discute. Y, sin embargo, las formas que adopta la enseñanza del Derecho en países como Chile coloca en un lugar muy secundario el desarrollo de esta destreza.

Relacionando los dos aspectos recién analizados, por más acuerdo que pueda existir en la comunidad jurídica acerca del sentido de una determinada norma (lo cual muchas veces no ocurre), el trabajo con casos exige un ejercicio en el límite respecto de los alcances de esa norma. Lo cual hace ver a los futuros abogados y jueces la complejidad que a menudo poseen los problemas jurídicos. Que la Constitución de Estados Unidos haya podido sobrevivir más de 200 años no sólo tiene que ver con un factor de estabilidad política (el que, de hecho, en ciertos períodos ha estado ausente), sino también con la existencia de jueces y abogados que están formados en las Escuelas de Derecho para pensar y repensar continuamente el significado y el alcance (en el sentido de rango de aplicación) de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales previas. Esto dota al sistema jurídico de una mayor capacidad de adaptación a nuevos contextos y circunstancias.

Que en un contexto como el chileno la capacidad argumentativa de abogados y jueces sea insuficiente no es de extrañar. Si lo que los estudiantes de Derecho reciben son verdades rotundas pronunciadas por un oráculo (su profesor), lo que harán una vez que se conviertan en abogados o jueces será intentar transformarse ellos mismos en oráculos. Si las intervenciones de los alumnos en las clases son asumidas como un entorpecimiento de las mismas, o, a lo sumo, como un complemento de escasa relevancia, es obvio el efecto que se produce. Esto rigidiza en los futuros abogados y jueces la aproximación a las normas y principios del sistema jurídico. Y entonces, así como muchos abogados se concentrarán en dar golpes de efecto en sus alegatos, los jueces en sus fallos resolverán también mediante "golpes", no de efecto quizás, pero sí a la manera de saltos bruscos en la argumentación, sin quedar suficientemente esclarecido cómo pasan de la descripción de los hechos del caso a la solución del mismo.

A este respecto, los países europeos de la tradición Continental, sin abandonar esta última han experimentado una significativa evolución. En este sentido, la exigencia de fundamentación en las sentencias ha pasado a ocupar un lugar significativo.

Otro aspecto se refiere a la presencia histórica del Derecho Privado como paradigma de la enseñanza del Derecho. Es cierto que una parte significativa de los asuntos con que les toca enfrentarse a los jueces y abogados son de este orden, pero ello ni con mucho justifica el lugar notoriamente menor que otras disciplinas jurídicas reciben en las Escuelas de Derecho. Entre otras diversas consecuencias perjudiciales, este ha sido factor para que históricamente en Chile las garantías constitucionales no hayan sido asumidas en un sentido jurídico fuerte por la jurisprudencia, al percibir las más como declaraciones de buenas intenciones que como auténticas normas, al carecer de la especificidad y la sistematicidad de las normas del Código Civil.

Pero el problema no se reduce a lo recién expuesto: el mismo radica también en que la lógica del Derecho Privado se difunde a la comprensión del resto del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil suelen ser presentadas y entendidas por gran parte de la comunidad

jurídica como la forma por excelencia de entender las normas e instituciones del sistema jurídico en general. Miradas desde la perspectiva de la Teoría del Derecho posterior a la dictación del Código Civil chileno, esas reglas de interpretación presentan una serie de problemas lógicos. Sin embargo, ellas continúan siendo transmitidas a los futuros jueces y abogados como la forma por excelencia de aproximación hermenéutica.

Uno de esos problemas lógicos se refiere al papel supletorio que desempeñan los principios jurídicos en el sistema de interpretación del código referido. Ese papel supletorio tiene que ver con el contexto histórico en el que surge el proceso de codificación, esto es, una fase germinal del positivismo jurídico, uno de cuyos énfasis se ponía en el carácter autocomprensivo de la legislación positiva, de modo de alejar los fantasmas —y principios— del viejo Derecho Natural del Antiguo Régimen.

El desarrollo posterior en la Teoría del Derecho muestra, en cambio, que, desde un punto de vista lógico, los principios juegan un papel relevante en los diversos sistemas jurídicos, con independencia de que se trate o no de sistemas codificados.

El hecho de que en la enseñanza jurídica tradicional no se repare en esto y se continúe apegado a la visión decimonónica tiene un efecto especialmente distorsionador en materia constitucional, puesto que al extrapolar en la práctica jueces y abogados las normas de interpretación del Código Civil a este ámbito, se dificulta el desarrollo de una interpretación constitucional que se rija por criterios propios.

A todo lo anterior cabe añadir que las modalidades de enseñanza del Derecho Privado —centradas, como el resto de la enseñanza jurídica tradicional en la repetición memorística—, conspiran contra una adecuada comprensión acerca del Derecho Privado mismo por parte de los futuros jueces y abogados.

III. *Los estudiantes y el ejercicio práctico del Derecho*

En varios pasajes de esta ponencia me he referido a la necesidad de que los cursos centrados en el desarrollo de habilidades prácticas en los estudiantes de Derecho ocupen un lugar significativo en la malla curricular de la carrera. No me detendré de manera especí-

fica en las distintas modalidades de cursos, sino que me referiré a los cursos que suponen básicamente un ejercicio práctico del Derecho por parte del alumno, cuestión que resulta importante no sólo para quienes se desempeñarán posteriormente como abogados sino también como jueces. Con esto estoy aludiendo fundamentalmente a la enseñanza clínica del Derecho y a otras formas que podrían adoptarse con respecto al ejercicio práctico durante la carrera.

Sin perjuicio de algunos antecedentes esporádicos anteriores bajo la forma de consultorios jurídicos, la enseñanza práctica fue incorporada de manera sistemática a la malla curricular de las Escuelas de Derecho chilenas a través de la creación de clínicas jurídicas a finales de la década de los sesenta y comienzos de los setenta. Su establecimiento fue impulsado por el llamado Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, que promoviera la Fundación Ford y al que sumó posteriormente la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (AID). Bajo la inspiración general que guiaba al Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, en el sentido de reproducir en América Latina el modelo de enseñanza del Derecho y de ejercicio de la profesión jurídica de EE.UU., se establecieron estas clínicas, con la pretendida intención de seguir el modelo que se venía implementando al respecto en EE.UU. desde la década de los treinta (cuya inspiración originalmente había derivado de la Escuela del Realismo Jurídico). Se trataba de que durante sus estudios de Derecho, los estudiantes realizaran un trabajo práctico con casos reales bajo la supervisión de profesores, de que esto tuviera un impacto en el sentido de servir de elemento transformador de la enseñanza jurídica, y de fortalecer la inserción social de las Escuelas de Derecho a través de la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos.

En los hechos, y a pesar de que estas clínicas han sobrevivido hasta la actualidad, el primer y tercer objetivo sólo se han alcanzado de manera muy parcial y limitada y el segundo no se ha satisfecho en absoluto. Varios factores han sido relevantes para que los objetivos no se alcanzaran.

Primeramente, hubo un problema de diseño que no consideró la escasez de recursos de las Escuelas de Derecho. Esto se manifestó en el hecho de que estas clínicas se establecieron con carácter de obligatorias para todos los alumnos, lo cual derivó en que en la mayoría

de los casos la supervisión de los profesores fuera más aparente que real, limitándose a un control formal. Ello ha redundado en que el grueso de los casos que litigan las clínicas posee escasa complejidad jurídica (reduciéndose fundamentalmente a cuestiones de mero trámite) y en que el aprendizaje de los alumnos se haya desarrollado de manera asistemática y que el mismo haya resultado claramente insuficiente. Lo que es más grave, de alguna manera esto significa imbuir a los futuros jueces y abogados desde jóvenes en algunas prácticas que constituyen vicios típicos del sistema jurídico chileno, en especial en la delegación de funciones.

En segundo término, la resistencia desde los sectores más tradicionales de las Escuelas de Derecho, la cual se vio acentuada luego del Golpe Militar de 1973, supuso que la educación clínica nunca llegara a ejercer el rol transformador más general de la enseñanza del Derecho al que aspiraba en un comienzo.

En tercer lugar, por los mismos factores anotados en los dos párrafos anteriores, y a pesar de que las clínicas han prestado servicios gratuitos a personas desposeídas, su rol como mecanismo de inserción social para las Escuelas de Derecho ha sido sumamente débil. Típicamente, los casos no poseen mayor impacto público y no existen iniciativas de parte de las Escuelas de Derecho por adoptar políticas comunicacionales que acompañen la tramitación de los casos de manera de elevar su perfil. Además, por el hecho de ser escasa la supervisión de parte de los profesores-abogados, cabe realmente preguntarse por la calidad de la atención jurídica que se presta.

Las Escuelas de Derecho creadas por universidades privadas en los ochenta y muchas de las fundadas en los noventa han incorporado también la enseñanza clínica en su malla curricular. El problema es que han solido hacerlo con las mismas características de las universidades tradicionales.

No obstante, en los últimos años se han venido desarrollando algunas experiencias innovadoras, en que se han llevado adelante casos de interés público y en que se ha implementado una modalidad de trabajo en que los profesores trabajan estrechamente con los estudiantes. Tales son los casos, por ejemplo, de la Universidad Diego Portales y la Universidad Católica de Temuco, que forman parte de una Red Latinoamericana de clínicas con las mismas características.

Estas nuevas clínicas han formado parte además de un proceso de reforma más general de la enseñanza del Derecho en esas universidades.

Sin embargo, aunque ello sería posible de ser replicado en otros centros académicos que posean —o establezcan— una masa crítica de profesores de jornada que puedan trabajar de manera estrecha con los estudiantes en casos complejos y de impacto público, lo cierto es que debiera llevar a un replanteamiento de la enseñanza clínica en Chile y de otras modalidades posibles de ejercicio práctico con casos reales por parte de los estudiantes.

Los factores de costo apuntados —funcionamiento de clínicas de estas características y existencia de una masa crítica de profesores de jornada— debieran conducir a analizar seriamente acaso el modelo de clínicas obligatorias para todos los estudiantes es no sustentable. Si a lo que se aspira es a que las clínicas contribuyan significativamente a la formación de los alumnos, que jueguen un papel catalizador de transformaciones en la enseñanza del Derecho y que fortalezcan verdaderamente la inserción social de las Escuelas de Derecho, me parece que el modelo tradicional —y predominante— de clínicas jurídicas en Chile tendría que ser replanteado. No estoy postulando aquí que todas las clínicas jurídicas deban centrarse en casos de impacto público, pero sí que asuman debidamente su tarea, lo que incluye proporcionar servicios legales de buena calidad a las personas sin recursos para contratar un abogado.

En este contexto, pareciera más adecuado concentrar los recursos y establecer clínicas fuertes, dotadas de los rasgos que permitan satisfacer los fines planteados, eliminando su carácter general y obligatorio.

Esto no significa, sin embargo, que no puedan concebirse otras formas de ejercicio práctico por parte de los estudiantes. Históricamente, ellos han trabajado durante sus estudios de Derecho como procuradores en oficinas de abogados. Como ya señaláramos en esta ponencia, ello ha solido significar para los estudiantes una formación práctica muy dispar y asistemática.

No obstante, el modelo podría ser replanteado. En esta dirección, debieran explorarse fórmulas para establecer relaciones institucionales entre las Escuelas de Derecho y las oficinas de abogados,

de manera que, como alternativa a las clínicas, los estudiantes pudieran trabajar en las oficinas y obtener créditos por ello. Por cierto, esta modalidad requeriría el establecimiento de formas de supervisión y control adecuados, que aseguren que las tareas a ser emprendidas por los estudiantes no queden entregadas a la mera discrecionalidad de la respectiva oficina.

IV. Conclusiones

La creación de la Academia Judicial a mediados de los noventa significó un paso importante tanto en la selección como en la formación de los futuros jueces en Chile. Esta iniciativa ha ido acompañada de otras medidas orientadas a replantear el papel que los jueces desempeñan.

Sin embargo, estas iniciativas quedan trucas y corren el riesgo de perder efectividad si no van acompañadas de transformaciones de envergadura en la enseñanza que se imparte en las Escuelas de Derecho. Ello tiene que ver, por una parte, con el tipo de formación que reciben y la mentalidad que se inculca en los futuros jueces. Por otra parte, ello incide en la formación y mentalidad de los futuros abogados que aparecerán frente a esos jueces, influyendo también en estos.

De allí la necesidad de asumir la tarea de replantearse las modalidades existentes de educación en las Escuelas de Derecho, de modo de propender, entre otros objetivos, a modificar los patrones predominantes en la cultura judicial chilena. En esta ponencia sólo se han revisado algunos de los caminos posibles, ya que se trata, desde luego, de una iniciativa que requiere de aportes desde las distintas disciplinas jurídicas.