

DERECHO, DESARROLLO Y FORMACIÓN JURÍDICA

SUMARIO: 1. Palabras previas. 2. Introducción. 3. Derecho y cambio social. 4. Derecho, vigencia y eficacia. 5. Derecho y función del magistrado. 6. Derecho y desarrollo. 7. El abogado y el derecho. 8. Breve diagnóstico de las facultades de derecho en América Latina. 9. Bases teóricas para una reformulación de la enseñanza del derecho en la región: 9.a) Supuesto conceptual; 9.b) Objetivos formativos; 9.c) Fuentes del aprendizaje; 9.c) 1. Conocimiento e información; 9.c) 2. Valores efectivos; 9.c) 3. Sicomotor o activo. 10. Contenidos: arquetipo o producto final que se busca; estructura curricular. 11. Métodos: el método activo. 12. La investigación jurídica: dogmática y empírica; fines de la investigación jurídica. 13. La extensión formativa. 14. Conclusiones.

1. PALABRAS PREVIAS

El presente artículo conforma un conjunto de reflexiones sobre las características generales de los sistemas jurídicos en América Latina, su concepción, vigencia y eficacia en el universo móvil y complejo de sociedades de conflictos. Se intenta señalar las limitaciones estructurales que el positivismo jurídico exhibe en el desarrollo económico y social de nuestros países y, cómo su influencia se proyecta en la praxis del derecho en sus diversos niveles tanto profesionales como judiciales. En todo ello se asigna una importancia crucial a la forma como las facultades de derecho forman e informan a los técnicos legales, proponiendo de paso, algunas instancias superadoras tanto en la concepción del objeto jurídico enseñado e investigado como en la metodología tradicional y moderna.

En la primera parte se analizan cinco tópicos que dicen relación con el sistema normativo y la praxis legal de los abogados y magistrados ubicando el derecho y su ejercicio en el contexto del cambio social y el desarrollo.

En la parte segunda se analiza el rol conservador o estático y renovador o dinámico que juegan y pueden jugar las facultades de derecho, como centro irradiador de valores rígidos o de innovaciones y progresos de la sociedad en general y del derecho y su concepción en particular, reubicando el derecho como ciencia reguladora de relaciones sociales históricas situadas en el tiempo y espacio. Esto es en el tiempo del desarrollo y en el espacio de América Latina.

Finalmente las conclusiones resaltan la forma como interactúan los tres puntos esenciales desarrollados (sistema normativo, profesión y facultades) destacando su carácter dialéctico de interpenetración e influencias recíprocas.

“Generalmente las leyes se dictan sin método ni planificación eficaz, carecen de ideas centrales debidamente estructuradas, no miran al futuro sino a la contingencia inmediata y no captan las hondas y veloces transformaciones sociales que nos trae la historia. La consecuencia más notoria es que siempre van quedando atrás de los hechos y que se ve fracasar su aspiración a alcanzar un ritmo de vida social que, por su dinamismo y movilidad, excede con mucho las posibilidades del sistema institucional”.

Prof. Eduardo Novoa M. ¹

2. INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos en América Latina reflejan en mayor o menor grado ciertas constantes de rigorismos y congelamientos. Insertados en el sistema del derecho continental-románico se alzan sobre realidades cada vez más cambiantes y complejas, y paulatinamente, la ciencia jurídica como disciplina reguladora y controladora de la sociedad va perdiendo categoría y legitimidad científica. Así su rol esencial parece periclinar y las actitudes de desobediencia generalizadas van penetrando a la sociedad latinoamericana. El hombre de derecho, jurista, magistrado o profesionista va siendo observado como un elemento de obstrucción más que de solución en los problemas colectivos. Basta señalar el franco retroceso en status y prestigio social que experimenta en nuestros países el abogado para verificar esta variable dependiente del mundo de lo jurídico en la región. ²

Las raíces de tal complejo fenómeno debemos detectarlas en varios niveles que para los efectos de este análisis, denominaremos metajurídicas.

3. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

No es este el lugar para describir, una vez más, la estructura de subdesarrollo o desarrollo dependiente que se advierte en la sociedad latinoamericana. Nuestros países, en lo esencial no han podido encontrar las soluciones viables y autónomas para transitar del estado de atraso desigual a una eventual prosperidad relativa que amplíe a todos los niveles sociales los derechos mínimos que el progreso humano ha alcanzado en los países centrales. La sola “normatividad concreta” de las llamadas garantías individuales claramente establecidas en la mayoría de nuestras constituciones implicaría la más

¹ Eduardo Novoa M. *El difícil camino de la legalidad*. “Revista de la Universidad Técnica del Estado”, núm. 7. Santiago, 1972.

² Steven, Lowenstein. *El abogado y el desarrollo*. “Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas”, núm. 8, p. 17. Chile.

radical y revolucionaria medida tomada por gobernante alguno, pues su eficacia, significaría cambiar las estructuras de producción y distribución y provocar una justa distribución de la riqueza y los ingresos. Esta premisa, digna de ser verificada empíricamente en cualquier ordenamiento jurídico del continente nos plantea no pocas interrogantes.

¿El derecho es el instrumento regulador dinámico para el cambio social en América Latina? ¿Qué papel desempeña el jurista, abogado o magistrado en darle plena eficacia y validez a las disposiciones normativas? ¿Cuál es nuestra actitud profesional frente a la tensión que se da entre el derecho positivo y la realidad que vive el hombre latinoamericano? ¿Cómo proyectamos el ideal de justicia a través del instrumento normativo que rige a nuestras sociedades? Y por último ¿ha llegado a ser el derecho un obstáculo para el avance social y las soluciones, entonces, tendríamos que encontrarlas en la arena extralegal?

Toda reflexión en la materia, debe, sin embargo, partir de un supuesto básico indesmentible. Nuestras sociedades asisten a cambios de toda índole y quiéramoslo o no, nuestra existencia cotidiana se desarrolla bajo el prisma de ese dinamismo. Sólo situando allí dialécticamente, el signo de la ciencia jurídica es posible encontrar las variables de estudio y análisis que nos lleven a objetivos de renovación y progreso.

Ahora bien, somos conscientes, empero, que muchas de las interrogantes planteadas escapan de la órbita de competencia de nuestra área de preocupación. Es decir, no podríamos echar sobre nuestras espaldas la solución integral de tan cruciales cuestiones que, siendo jurídicas, dependen de decisiones de otra índole. El cambio social lo protagonizan los pueblos y nuestra tarea es señalar los derroteros normativos ágiles y eficientes, a través de los cuales puedan darse los peldaños del progreso colectivo. Con todo, a pesar de la antedicha limitante, nos parece ineludible por su autoridad, que los hombres de derecho, las facultades e institutos, con intencionalidad y metodologías modernas y con un imprescindible golpe de timón en el criterio de los maestros y docentes latinoamericanos, pueden contribuir, desde el ángulo de sus funciones específicas, al cambio en este sentido. Esta misión, además se hace cada vez más necesaria y dramática, pues está en juego nuestro rol social particular y la viabilidad de producir el progreso social bajo el control de una eficiente regulación normativa.

Es fundamental, entonces, aceptar la tesis que en la medida que el derecho vigente se enfrenta a la realidad en forma ciega e irreflexiva, lo más seguro será que deje de tener validez y se transforme en una entelequia fósil, congelada y repetitiva. Para comprender y evaluar la esencia dinámica de la norma legal se hace necesario situarla como una manifestación emanada de relaciones sociales que emergen en un tiempo y espacio delimitados. De ahí el gran centro nodal de la ciencia jurídica contemporánea, particularmente, de la

latinoamericana de estructuras generales rígidas y abstractas. Lo importante es definir que lo básico para el derecho es la búsqueda incansable del ideal de justicia. Sin embargo, esta noción de características universales es generalmente omitida en el quehacer docente o investigativo de las ciencias jurídicas del continente. La norma jurídica no agota el derecho y por lo tanto no podemos caer en la mecánica de describir y enseñar la normatividad abstracta como un todo perfecto, acabado y agotado. La norma positiva es un instrumento eventual para concretar o tratar de alcanzar la idea de justicia, entendida ésta como un valor histórico-mutable.³ Pues bien, nuestros sistemas legales en general han sido plasmados en codificaciones de corte continental, racionalmente bien estructuradas, sistemáticas y coherentes, pero con matices filosóficos rígidos (derechos adquiridos, seguridad jurídica, respeto de lo pactado, autonomía de la voluntad, igualdad formal, etcétera) que tratados bajo el solo prisma de la dogmática han devenido en arquetipos congelados en relación a las nuevas relaciones sociales dinámicas y complejas. Por ejemplo los códigos civiles al reglamentar los regímenes patrimoniales que se crean con ocasión del vínculo matrimonial, asignan desmedida protección al estatuto de los inmuebles.

Consecuencia, ésta, lógica de la temperatura económica-social de la época en que esos ordenamientos fueron promulgados y en que los bienes raíces constituían la base de la economía tanto individual como social. Hoy esas disposiciones carecen en lo sustancial de la intencionalidad originaria del legislador, puesto que los inmuebles no constituyen el eje central del patrimonio social o individual, ya que los bienes muebles, acciones y títulos valores de igual función constituyen la generalidad de los bienes de un patrimonio a proteger. Situaciones como la descrita se verifican en todo orden de materias en los que la letra de la ley aparece descentralizada en función de la realidad impetrada. De ahí que es de vital trascendencia para la subsistencia del derecho como tal que el "aplicador" supere creadoramente la exégesis y se enfrente a la praxis jurídica con una mentalidad abierta. Conviene señalar al efecto, que pese a la rigidez conceptual de nuestras codificaciones ellas contemplan elementos de flexibilidad que utilizados en la forma señalada pueden ir a la solución adecuada y armonizar la ley escrita con la realidad. Por ejemplo, la mayoría de nuestros ordenamientos poseen instituciones abiertas como el concepto de buenas costumbres, el concepto de la moral, que admite connotaciones no necesariamente individualistas, y el orden público de vasta generalidad en el que puede hacer primar el interés social o colectivo por sobre el arbitrio liberal absoluto. Por último están las

³ Andrés Cuneo. *Sobre la concepción del Derecho, sistemas jurídicos y métodos de enseñanza*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 8, p. 6.

“llamadas lagunas legales” que permiten, fundamentalmente, al magistrado operar con flexibilidad y amplitud aun dentro de la dogmática legal.⁴

En síntesis, incluso la norma positiva estatal, cuyo radio de acatamiento en nuestras sociedades es limitado⁵ y cuya estructura conceptual es esencialmente estática, permite superando el criterio prevaleciente hasta ahora, buscar la necesaria armonía entre la vigencia o validez de la norma y su eficacia o normatividad concreta.

4. DERECHO, VIGENCIA Y EFICACIA

En el campo de la vigencia, o validez en sentido kelseniano⁶ y la eficacia del derecho en América Latina, la perspectiva no es más alentadora. Ya mencionamos el caso de las llamadas garantías individuales que se establecen, y por ende, están vigentes en la mayoría de los países de la región. Allí se observa la dicotomía entre vigencia y eficacia de una norma constitucional. Sobre el particular conviene hacer la siguiente reflexión. Al hombre de derecho ¿le interesa la vigencia de la norma jurídica al margen de la eficacia reguladora de la relación social afectada?

Esta reflexión me recuerda las arduas discusiones que a diario presenciamos en nuestras facultades en relación al cumplimiento de un programa de materias que recoge, precisamente, el derecho vigente. Para un docente dogmático si el programa de una cátedra contempla instituciones obsoletas pero que están vigentes en el ordenamiento jurídico respectivo, el docente carece de competencia para alterarlo y aunque estos institutos carecen de eficacia, al estar vigentes en la ley, es derecho y debe ser preocupación de la cátedra. Este tipo de razonamiento es precisamente, la negación de la ciencia jurídica, pues la función de la cátedra no es transmitir mecánicamente sólo el derecho legislado, sino adiestrar a los futuros abogados a razonar críticamente, a producir múltiples soluciones “justas” y si fuere necesario en ese entrenamiento proveer a superar la norma positiva, recurriendo a la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, como también a integrar otros elementos de análisis empírico que rodean el fenómeno jurídico, especialmente el curso de la metodología de las ciencias sociales modernas.⁷

De allí que haya que señalar, una vez más, que está superada la concepción que el “derecho es una disciplina de función meramente reproductora

⁴ Alvaro Bunster y otros. *Qué queda del Derecho civil*. “Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas”, núm. 9, p. 17.

⁵ Jacques Lambert. *América Latina, estructuras sociales e instituciones políticas*. Editorial Ariel, Barcelona, 1966.

⁶ Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho (Introducción a la teoría pura del Derecho)*. UNAM, México, 1961.

⁷ Maurice Duverger. *El método de las ciencias sociales*. Edit. Ariel, Barcelona, 1966.

y con caracter dogmático”⁸ o como sostenía en su época Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre.”⁹ Creemos que estos respetables conceptos, legítimos en su época, no pueden regir la mente de nuestros juristas, magistrados y docentes del derecho en nuestro tiempo de progresos tecnológicos y de multitudes de aspiraciones insatisfechas. La moderna teoría jurídica sostiene con insistencia, que la normatividad abstracta contenida en los códigos y leyes sólo es una de las facetas de lo jurídico, puesto que el derecho es un producto humano que no se agota con la sola presencia de la norma y su interpretación por los tribunales. El derecho es regulador de vida social y por lo tanto, lo jurídico está en íntima relación con ella. Es decir, debe haber una concordancia y armonía entre la conducta requerida en la disposición legal y la CONDUCTA REAL de los destinatarios o impetrados. Esto es, entre vigencia y eficacia, o mejor entre normatividad abstracta y normativa concreta o *law in action*. “El derecho ha asumido un carácter tridimensional, no obstante, la unidad de su objeto el derecho comprende tres campos bien definidos: porque es diferente preocuparse del derecho en consideración a su idealidad (justicia); en consideración a su normatividad (vigencia); o en consideración a su factibilidad (eficacia). Las meditaciones sobre el derecho ‘verdadero’ (justo) es tarea de la filosofía del derecho; la determinación de su sentido normativo es tarea de la dogmática jurídica y la investigación del derecho vivo o real es tarea de la sociología jurídica.”¹⁰

Como se observa estos tres ingredientes indisolubles del “fenómeno jurídico” deben jugar simultáneamente en todo sistema de derecho y con imperatividad diría yo, en los centros formadores del hombre de derecho en nuestra región.

De ahí que no es dable perder de vista la relación vertical *vigencia vs. eficacia* de la norma positiva que no es más que describir la real aplicabilidad de la disposición escrita o jurisprudencial a la contingencia social. Es más cuando entre vigencia y eficacia se produce un desajuste generalizado asistimos a los pre-requisitos de situaciones conflictivas de vastas proyecciones para la sociedad en su conjunto. A manera de ejemplificación señalaremos algunos desajustes verticales dables de detectar en algunas áreas concretas en nuestros sistemas jurídicos continentales.

a) Desajustes entre los contenidos normativos vigentes y la experiencia

⁸ Luis Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho* (con Giorgio del Vecchio). México, 1946, p. 34.

⁹ Citado por Recaséns Siches, obra citada.

¹⁰ Bernardo Cebalco Müller, *La investigación jurídica dogmática y la investigación jurídica empírica en los procesos de integración económica y social*. “Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas”, núm. 9, p. 106.

jurídica vivida por una comunidad nacional. Por ejemplo en el derecho civil chileno, la indisolubilidad del matrimonio consagrado por la legislación civil es sobrepasada con la anuencia, incluso de los tribunales, a través de un dudoso expediente anulatorio de perfiles netamente adjetivos o procesales.

b) Disociaciones de principios o normas contenidas simultáneamente y no excluyentemente, en la legislación positiva. Por ejemplo los códigos civiles y mercantiles de la mayoría del continente están basados en el supuesto de una moneda estable, de modo que cuando la obligación es de dar una suma de dinero, el principio es que sólo se deba la cantidad numéricamente expresada en el contrato. Por la inversa leyes posteriores relativas a esta materia establecen invariablemente el sistema de reajustes, de sueldos mínimos, porcentajes devaluatorios, de revalorizaciones, etcétera.

c) Incumplimiento en materia constitucional. La mayoría de las Constituciones contemplan el derecho constitucional garantizado de todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyera definitivamente, para reclamar indemnización por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido con ocasión de actos arbitrarios, privativos de su libertad, por parte de la autoridad o sus agentes.

d) y finalmente el tipo de disociación o desajuste que sin ser normativo reviste gran trascendencia. Esa desarmonía de valores que inspiran los ordenamientos jurídicos y las estimaciones generalizadas en materia de política jurídica que conlleva muchas veces, respecto de quienes trabajan a diario con el derecho positivo (practicantes), esa especie de "narcisismo jurídico" que se agota en la contemplación y estudio irreflexivo del derecho vigente concediendo a éste una inamovilidad y fijeza difíciles de remover. Por todo es que señalamos la necesidad de ir a la eficacia de la norma, superando la instancia importante de la dogmática y proveer en las mentes de nuestros jóvenes abogados y juristas, una mentalidad crítica, creadora y constructiva elevando así el importante papel que el derecho y sus cultores deben jugar en nuestras sociedades en constante cambio.¹¹

5. DERECHO Y FUNCIÓN DEL MAGISTRADO

No es la intención desarrollar tan trascendente tópico sino más bien apuntar a la forma, grosso modo, en que nuestros magistrados, hombres de derecho, formados en las facultades, enfrentan la aplicación de la ley al caso

¹¹ Agustín Squella. *Ítems para la construcción del 'currículum' de Derecho*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 30, p. 80.

concreto. Estructuralmente nuestros tribunales descansan en la filosofía de la independencia del Poder Judicial, como base de organización de los Estados latinoamericanos. Esto es, responden a una de las funciones en que el Estado cumple sus fines generales. Descansa tal concepción en el hecho de evitar la concentración arbitraria de poderes y las divide en funciones específicas: la legislación, la administración y la justicia.

Este racional esquema ideado por Mostesquieu ha sido trasladado a nuestras estructuras constitucionales, las que se aplican sobre una sociedad muy distinta a la supuesta por su creador. La sola comprobada concentración de los ingresos en limitados sectores de nuestras sociedades permite, por una parte la concentración desmedida de poder económico, social y político de unos pocos, y por la otra, la marginalización de vastos sectores que quedan no sólo al margen del poder, sino del ejercicio del derecho positivo estatal.

En este encuadre social debe ubicarse y situarse la función judicial que teóricamente es concebida como "una actividad cognoscitiva seguida de una operación lógica, desprovista totalmente de connotaciones políticas o ideológicas".¹²

Conviene señalar que históricamente la independencia del Poder Judicial fue entendida como un efectivo contrapeso al poder omnímodo del monarca y a sus actos arbitrarios. En esa función puede decirse que configuró una garantía objetiva para la defensa de los derechos individuales tan defendidos y enaltecidos por los revolucionarios franceses de 1789.¹³

Ahora bien, conviene destacar que en esta función de resguardo de los derechos o garantías individuales, por parte del "poder sancionador" ha habido distintos enfoques. Descartando el rol efectivamente creador que juega la jurisprudencia en los derechos de raíz anglo-americano y cuyo ejemplo más nítido lo encontramos en la tarea que cumplió la Corte Suprema Norteamericana en el acceso real del hombre de color a los derechos civiles, debemos, empero, situarnos en los derechos continentales. Al efecto se detectan dos corrientes. Para unos, los menos diría yo, el magistrado debe cumplir su función de aplicador ciñéndose lógicamente al sistema legal positivo, desentendiéndose de la coyuntura social o corriente histórica en que emerge la relación social. Para otros, específicamente la escuela de la jurisprudencia sociológica francesa, la función del magistrado es mucho más dinámica y abierta y debe en todo momento velar porque la norma positiva regule con ecuanimidad la relación social contingente y en la búsqueda de la justicia debe primar ésta por sobre los textos legales rígidos. Si bien constituye esta corriente una expresión de las teorías institucionalistas y organicistas del

¹² Enrique Groisman. *Significado de la independencia del Poder Judicial*. Ponencia al "Seminario sobre el Estado y el Derecho en una etapa de transición", Ceren-Ceso, Chile, 1972.

¹³ Enrique Groisman, obra citada.

derecho, no deja de ser digna de considerarse en el análisis que se haga de la administración de justicia en nuestros países.¹⁴

Con estos elementos debemos situar la forma como nuestros magistrados cumplen su tarea en nuestras legislaciones y en sociedades que se desarrollan bajo el signo de cambios sociales vertiginosos.

La primera interrogante que surge al efecto. ¿Si los tribunales de justicia forman parte de la estructura estatal vigente, su función será meramente reproductora del orden actual o por el contrario y en base a la independencia de su tarea, pueden catalizar complementariamente ideas de renovación y cambio?

Allí creemos que está el gran dilema para el magistrado latinoamericano y que se proyecta en su misión relacionado a otra serie de cuestiones; por ejemplo, generación del poder de los magistrados, es decir, designación, elección, etcétera; reclutamiento de los mismos; formación e instrucción de los magistrados; su ubicación social; tipo de relaciones; su independencia real en la sociedad; etcétera. Este tipo de materias que apuntan necesariamente a reconocer la existencia de conflictos sociales profundos que operan en nuestras sociedades y ante los cuales los magistrados deben imperativamente a través de sus fallos y dictámenes asumir nítidamente posiciones que tienen una trascendencia social que supera la actividad de los estrados y del foro. Ello también dice relación con lo que pudiéramos llamar la imagen de la justicia en el hombre medio y que en estudios empíricos muy provisorios se ha proyectado sólo con relación a la legislación penal sancionadora. Se ha logrado detectar que el hombre medio y muy especialmente el de escaso recurso, sólo conoce la justicia, en sentido amplio, cuando ha debido enfrentarse a infracciones o delitos, pero que la ha omitido o evitado al máximo en otras materias, como civiles, administrativas y laborales. Este hecho, es por lo demás consecuente con lo que hemos llamado limitación de la vigencia (no eficacia) del derecho escrito estatal que se advierte en nuestras sociedades.¹⁵

Es tan importante precisar y evaluar el rol trascendente del magistrado que ha habido experiencias dramáticas en Latinoamérica que han terminado por la implantación de la violencia y arbitrariedad colectivos y en los que la actitud y conducta de los tribunales ha sido factor decisivo para ello. Nos referimos al caso chileno en que, cambios sociales consentidos por el sistema político, encontraron el mayor escollo e inviabilidad en la mentalidad de los magistrados de ese país, reflejados en fallos francamente incongruentes

¹⁴ René Rodière. *Curso de Derecho comparado*. Facultad Internacional de Estrasburgo, Chile, 1966-1968.

¹⁵ Jacques Lambert, obra citada.

para la dinámica social e histórica allí desarrollada. Al efecto, señalaremos a continuación algunos casos.¹⁶

1. En la legislación económica chilena vigente existía el Decreto Ley No. 520 de 1932 que permitía al presidente de la República "imponer a los productores la obligación de producir o elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine, bajo sanción de expropiación y requisición" (art. 6º).¹⁷ Este instrumento legal, plenamente aceptado por la jurisprudencia hasta 1970, fue el utilizado por el gobierno constitucional chileno, para por una parte, hacer frente a los problemas de desabastecimiento de productos esenciales, y por otra ir a la conformación del área de propiedad social en base a industrias caracterizadas como monopólicas y que según el programa de gobierno debían estar en el sector público de la economía.

Pues bien, estas medidas en anteriores gobiernos fueron utilizadas esporádicamente, y cuando ello ocurrió, los particulares afectados recurrían a los tribunales reclamando de tales medidas de corte netamente administrativas y en que la eventual relación procesal se daba entre el Estado y un particular. Esto es, se trataba de una materia de las llamadas "contencioso-administrativo" y que debían ser conocidas y resueltas por los tribunales administrativos. Como dichos tribunales no existían y aún no existen, pese a estar establecidos por la Constitución, los tribunales ordinarios, reiteradamente, hasta 1970, se habían declarado incompetentes para conocer tales reclamaciones, amparados entre otros, en el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales. Ésa era la opinión reiterada y estampada en numerosos fallos de la jurisprudencia chilena. Sin embargo, al asumir el gobierno el presidente Allende y poner en práctica su programa de cambios sociales, y ante situaciones jurídicamente idénticas, pero ideológicamente diferentes, los magistrados chilenos, cambian de doctrina y se declaran competentes para conocer esas reclamaciones, levantando una barrera infranqueable a los cambios económicos y entabando la posibilidad de realizar programas de renovación social a través, precisamente, de los cauces legales abiertos por el sistema legal de ese país.

2. En materia de legislación agraria hay casos muy nítidos al efecto, como el señalado por Steven Lowenstein¹⁸ y en el cual se observa una actitud similar. En efecto, la Corte Suprema recibió un recurso de queja en relación a la expropiación de un latifundio en sentencia de un tribunal agrario. Allí

¹⁶ Ver mayores casos y antecedentes en *La justicia de clases en Chile* (Alonso de la Fuente y otros). Ediciones Universitarias, Valparaíso, 1972.

¹⁷ Eduardo Novoa M. *Vías legales para avanzar hacia el socialismo*. "Revista de Derecho económico", Universidad de Chile, febrero, 1971.

¹⁸ Steven Lowenstein, obra citada.

el fundamento era que al dictarse dicho fallo existían en el predio cultivos menores que no habían sido aún recogidos por su propietario. Pese a que el organismo respectivo había dado las garantías monetarias que cubrían eventualmente dichos productos, la Corte Suprema acogió el recurso y se opuso a la toma de posesión por parte de los campesinos beneficiarios de tal medida. Su fundamento fue el artículo 646 del Código Civil que dispone que los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella.

En estos casos la actitud del magistrado se inclina por entender la función jurisdiccional como un simple silogismo apegado a la ley. Sin embargo, como sostiene Recaséns Siches "el problema de hallar cuál es la norma positiva justamente aplicable al problema concreto no es un problema de conocimientos de realidades, sino que es un problema de valoración". Allí bajo el prisma valorativo debe calificarse los hechos y darle a estos la cualidad jurídica pertinente. Como se infiere en estos breves casos, el juicio de valor, consustancial a la norma individualizada que implica todo fallo judicial, se inclina en sentido regresivo y estático, expresando con ello su oposición tenaz a las transformaciones sociales subsumidas en esas relaciones sociales. Así el silogismo judicial entendido se alza como elemento de obstrucción y abre con ello el paso a la ilegitimidad y violencia hoy vigentes y actuantes en el país más estable y constitucional del continente.

6. DERECHO Y DESARROLLO

De más está señalar la íntima relación que hay entre la estructura económica de una comunidad y las estructuras institucionales y jurídicas. Entre éstas el derecho recoge en esencia las relaciones sociales plasmadas en el arquetipo o modo de producción dominante. Es así como desde el punto de vista ontológico puede afirmarse que el derecho no tiene existencia *per se*.¹⁹ Ahora bien. ¿Cómo debemos situar la relación desarrollo económico vs. derecho o mejor entre el crecimiento económico y el desarrollo del derecho? De partida se observa que ningún país puede alcanzar el desarrollo con decretos o leyes técnicamente bien concebidos, pese a los esfuerzos que el racionalismo intentó sin éxito hace más de un siglo.²⁰ Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede ser un instrumento eficaz para remover los obstáculos, particularmente, mentales y valorativos, que se oponen al avance social y lo será en la medida que se adapte a las condiciones económicas y a la realidad socio-política concreta.²¹ Ya mencionamos en la dicotomía

¹⁹ Francisco Varona y Denio Camacho. *Sobre el desarrollo y la enseñanza del Derecho*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 7, p. 110.

²⁰ John J. Johnson. *La transformación política de América Latina*. Buenos Aires, Solar-Harchete, 1963, pp. 63 y ss.

²¹ Ver Francisco Varona y otro, obra citada.

vigencia-eficacia la forma que asume la norma jurídica cuando se "deshace de las condiciones básicas de lo concreto histórico".²² Para que el derecho rija realmente, o mejor, sea eficaz socialmente es imprescindible que exista o se pueda efectivamente gestar el supuesto fáctico al que se refiere el derecho legislado o vigente y también es imprescindible que concurren las condiciones históricas para que se pueda cumplir o imponerse el cumplimiento del mandato a los impetrados. En efecto, en nuestros países las condiciones fácticas generales en que debe regir el derecho, no están dadas por las actuales estructuras de producción, no obstante, detectar en el derecho escrito un conjunto homogéneo de figuras e instituciones que podríamos calificar de idealistas. Ya señalamos la situación del estatuto de los bienes inmuebles en los regímenes patrimoniales en relación al matrimonio. Se parte del supuesto, empíricamente no probado, que la familia latinoamericana en general se estructura en función del vínculo matrimonial. Esporádicos estudios de sociología jurídica en pequeñas comunidades han detectado la existencia de multitud de uniones extra-vínculo legal, las cuales carecen de todo estatuto jurídico que las reglamente.

En materia penal, refinados ordenamientos bajo el epígrafe de leyes anti-sociales contemplan el fenómeno de la delincuencia y vagancia infantil, al margen de toda posibilidad real de erradicar de nuestras sociedades tales casos de deterioro colectivo y humano. Allí la normatividad abstracta, bien inspirada se torna incapaz ante tal fenómeno, que exige de la sociedad los instrumentos profilácticos masivos no sólo sancionadores, que cambien la situación socioeconómica de pauperización de vastos contingentes de latinoamericanos.

En estos casos se infiere que si bien no es el rol del derecho tomar decisiones de otra índole, el jurista y abogado, deben saber enfrentar esas situaciones de impotencia e ineficacia del dogma legal, con una mentalidad abierta, creadora y profundamente crítica acerca de la función transformadora y reguladora de los hechos sociales. De ahí que el desarrollo del derecho va en conexión con el desarrollo económico y social de la sociedad. En la medida que la norma jurídica se exprese rígida y congelada ante hechos como los descritos, estaremos posibilitando los expedientes a los ilícitos colectivos que tanto parecen presentarse en nuestros países. Pese a ser el desarrollo, como ya señalamos un proceso macrosocietal que requiere del concurso y resolución de connotaciones distintas a las del derecho, el hombre de la ley, jurista, abogado o magistrado, debe participar en su realización desde su propia perspectiva técnica, premunido, en última instancia, del ideal de justicia que anima su quehacer y hacia el cual, innegablemente, se orienta todo proceso de auténtico desarrollo economicosocial, y, esencialmente, humano.

²² Eduardo García Máynez. *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, 1968, México.

En resumen, el jurista debe entrar a participar en lo que algunos llaman, "la planificación o planeación institucional de los cambios", en cuya tarea no hay otro técnico más capacitado que él y hacia el cual hay que orientar tanto la política legislativa, como la formación e información de los técnicos legales. Los problemas de índole jurídico que trae consigo el desarrollo deben ser el centro nodal, fundamentalmente en nuestras facultades de derecho y en el cual podemos encontrar las vías de restauración y legitimidad que nuestra profesión reclama y que la sociedad toda está exigiendo.²³

7. EL ABOGADO Y EL DERECHO

Se han señalado las relaciones que operan entre el desarrollo económico y el derecho. Veamos ahora, qué misión cumple el abogado en esa red de interrelaciones y especialmente, el grado de penetración que a través del ejercicio profesional el derecho puede realizar en la sociedad. Al describir el rol del abogado deberíamos situarlo ejecutando alguna de las siguientes funciones.²⁴

a) La primera tarea de un abogado es abogar propiamente tal, es decir, defender un determinado punto de vista ante los que toman decisiones, sean estos tribunales o agencias administrativas; b) La segunda, sería negociar, mediar, arbitrar, esto es, se supone que al abogado se le otorga el poder de resolver disputas mediante contactos directos con la contraparte; c) Consejar a su cliente o institución no sólo en cuanto a la legalidad o ilegalidad de la acción sino en cuanto a alternativas viables en la solución de un asunto; d) Nexos de contactos adecuados, lo que implica un conjunto de interrelaciones de toda índole con el *establishment*. Estas tareas han sido las que tradicionalmente ha ejecutado el abogado no sólo en Latinoamérica, sino en todo el mundo occidental. Sin embargo, a raíz de los procesos de intervención creciente estatal en la vida económica y social, estos roles se han ido ampliando y los requerimientos del desarrollo van exigiendo la presencia del técnico legal en los campos de la planeación y del naciente desarrollo del derecho económico, tanto nacional como internacional.²⁵ No

²³ Jorge Tapia Valdés. *La escuela de Derecho y el cambio social*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 7, p. 94.

²⁴ Raúl Urzúa. *La profesión de abogado y el desarrollo*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 9, p. 34 y ss.

²⁵ El derecho económico es el derecho del desarrollo económico. Sus instituciones coexisten con las reglas jurídicas tradicionales de la misma manera que en todo proceso de cambio social coexisten instituciones propias de distintas etapas históricas. El objeto y método del derecho económico justifica el carácter dinámico y fluido de sus categorías conceptuales. Ver Claude Chapaud, *Contribution à la définition du droit économique en 'Il diritto dell'economia'*. Milán 1967; A. Jacquemin y G. Schraus, *Le droit économique*, París, 1970; Gérard Farjat, *Droit économique*, París, 1971.

obstante, hay una función que a consecuencia del mismo fenómeno, el abogado ha venido desarrollando y que tiene una enorme incidencia en la sociedad y que yo llamaría un gran efecto multiplicador de la imagen y conciencia del derecho en la comunidad. Nos referimos a la labor de "aplicador" del derecho que ejerce en los organismos públicos descentralizados y autónomos. En esta misión el abogado está interpretando y aplicando leyes, reglamentos y actos administrativos que afectan o benefician a diversos grupos o sectores sociales y que van a ser evaluados por éstos. Basta señalar la importancia que tienen los dictámenes jurídicos en materia de expropiación urbana, legislación agraria o derechos de importación, etcétera.

Lo esencial de nuestro argumento es que en los diversos campos que constituyen el papel del abogado, éste es uno de los agentes portadores más eficaces de implementación del derecho, de lo que se puede concluir que mientras mayor sea el número de personas que contacten con abogados más alta será la posibilidad que el derecho legislado sea tomado en cuenta por los impetrados.²⁶

De ello se desprende que los abogados tienen en su práctica profesional que ver tanto con los intereses que requieren protección jurídica, como con la posibilidad de defenderlos con éxito, el grado en que su quehacer propagador afecta la vida social y, por ende, que el sistema legal como tal se adecue o se oponga a los cambios sociales que se despliegan en nuestras comunidades. Como expresa el profesor Raúl Urzúa: "En sociedades como la nuestra caracterizadas tradicionalmente y aún ahora, por profundas desigualdades sociales la profesión de abogado podrá contribuir a aumentarlas o a disminuirlas según como sea su orientación básica."²⁷

En este orden de ideas tres factores deberán ser considerados y que para los efectos de nuestro análisis sólo los mencionaremos: a) La posición social del abogado en nuestras sociedades: b) la forma como se estructura la profesión, esencialmente privatista y c) la ideología propia de los abogados en Latinoamérica.

Para estos efectos, consideramos sólo la vertiente que dice relación con la ideología, considerada ésta, en su faceta limitada y restringida. Esto es ¿qué tipo de concepción o conjunto de creencias y valores que los abogados tienen del derecho y su misión en el campo de las relaciones sociales?²⁸

Los abogados se "internalizan" o se informan en el derecho a través de un periodo promedio de cinco años en nuestras numerosas facultades de derecho que hay en el continente. Pues bien, en ellas, como veremos más adelante, salvo limitadísimas excepciones se enseña e investiga sólo una parte de la ciencia jurídica. Aquello que algunos tratadistas modernos llaman la norma-

²⁶ Ver Raúl Urzúa, obra citada.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Locus citatus*.

tividad abstracta o derecho positivo estatal, que, como hemos señalado e insistiremos posteriormente, ofrece una visión parcializada y yo diría muy estereotipada del derecho escrito, el que sólo rige a algunos sectores sociales.²⁹ En ese ambiente de valores, legítimos pero limitantes del mundo jurídico, el abogado adquiere todas sus herramientas con las cuales debe enfrentar el mundo de la normalidad real o fáctica que en la mayoría de los casos está en tensión o descentrada con lo prescrito por el legislador. En esa eventualidad cotidiana, nuestros abogados generalmente se inclinan por negar el derecho vivo (o vivencia jurídica) y aferrarse a la fría letra del texto que dogmáticamente le permite utilizar, la lógica, el sentido literal o gramatical; el histórico y el sistemático. Todos elementos que quedan en la *ratio legis*, pero que no apuntan a la relación social que exige al abogado una solución armónica y eficaz. Así vemos que el sistema formal de regulación representado en este ejemplo por el abogado normativista, se vuelve incapaz de enfrentarse con las necesidades reales, así éste y aquellos que lo administran o aplican pierden la fuerza de su autoridad, desprestigiándose ante los ojos de la sociedad, como expresa el profesor Novoa Monreal:

“El abogado, en el sentido del hombre de derecho, no reacciona, porque esto lo conduciría a un proceso de revisión del derecho, al cual no se atreve a entrar, puesto que podría apresurar un proceso de cambios o de transformación que a él lo intimida.”³⁰

Así llegamos a uno de los puntos señalados al comienzo de este análisis. El deterioro o pérdida de status de los abogados ante la colectividad. Muchos son los casos en que materias de trascendencia social se ven entrabados por el informe o dictamen jurídico que no otorga la viabilidad adecuada y oportuna para que se solucione un asunto. En materia de títulos de dominios o en tareas de desarrollo poblacional urbano, relacionados con el crucial problema habitacional del continente encuentra la barrera más impenetrable en los problemas jurídicos que atendidos bajo el prisma de la normatividad vigente no encuentran el cauce apropiado y allí, surgen, entonces, los ilícitos grupales que van deteriorando las bases mismas de nuestras instituciones políticas y sociales. En síntesis, surgen las soluciones extralegales y la arbitrariedad entra a ocupar el lugar que debería tener la norma o interpretación jurídica oportuna.

De allí que se hace necesario reflexionar críticamente sobre nuestro quehacer y el porvenir de la profesión de abogado en una época de cambios tecnológicos y sociales y prever, como ya lo hacen algunos futurólogos sobre el rol de los técnicos legales, si seguimos apegados a viejas concepciones o

²⁹ Jacques Lambert, obra citada.

³⁰ Eduardo Novoa M. *La crisis del Derecho y la profesión de abogado*. “Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas”, núm. 10, pp. 38 y ss.

buscar los horizontes renovadores que nos ubiquen en el lugar que hasta ayer señeramente el derecho y sus cultores han tenido.

Creemos, finalmente, que las raíces de los cambios hacia el interior de nuestra profesión hay que encontrarlas en aquel vital periodo que hemos llamado de internalización del derecho y que lo vivimos en nuestras Universidades, lugar hacia el cual dedicaremos algunas reflexiones en las páginas siguientes.

8. BREVE DIAGNÓSTICO DE LAS FACULTADES DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Las facultades de derecho enfrentan los problemas generales de la enseñanza superior y que se manifiestan en aspectos cualitativos y cuantitativos³¹ La primera característica que se advierte es que a consecuencia de la dependencia tecnológica y científica, los centros universitarios realizan una muy exigua investigación sin mayor incidencia en las innovaciones tecnológicas, las que se efectúan en función más del mercado que del desarrollo nacional.³² Ante ello el rol esencial de la Universidad parece centrarse en la docencia que bajo la presión del aumento demográfico adquiere cada vez más carácter horizontal y masivo. La otra tarea que rodea la función universitaria es la extensión, la que se desarrolla hacia el interior de los campus enmarcando su influencia a limitados sectores sociales. En síntesis, los centros de enseñanza superior en la región cumplen parcialmente su quehacer y en el campo de la investigación en especial su función, está diseñada a reforzar, más a que a evitar, la dependencia intelectual, científica y tecnológica.

En la docencia en particular, las facultades de derecho la realizan bajo los parámetros que suscintamente describiremos.

A) *aspectos cualitativos*: la enseñanza tiene como norte vital la formación de profesionales del derecho a través de una secuencia que deben seguir los estudiantes que optan por la carrera jurídica. Los abogados se gradúan de ella luego de cumplir toda una ritualidad de nemotecnias y evaluaciones, absolutamente desligados de la sociedad en que van a servir. Al efecto, es dable destacar que ninguna de las facultades realiza periódicamente,

³¹ Sobre el tema, ver: Darcy Ribeiro, *La reforma universitaria en América Latina*, Montevideo, Uruguay, 1970; Humberto E. Ricord, *Universidad y enseñanza del Derecho*, México, 1971; Edmundo Fuenzalida, *Estratificación internacional e investigación científica*, Editorial Universitaria, Chile, 1971; "Conferencias I a IV sobre Facultades de Derecho Latinoamericanas"; y Charles Eisenmann, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur du droit*, UNESCO, París, 1972.

³² Edmundo Fuenzalida, en su ensayo citado, demuestra en un estudio comparativo con universidades europeas la ausencia real de una política de investigación en las universidades latinoamericanas.

estudios sobre el mercado laboral de sus egresados, ni tampoco percibe o recoge las demandas nuevas que la realidad profesional plantea, en especial, hacia nuevos campos de especialización, o al menos a satisfacer solicitudes menores en el terreno de carreras cortas y distintas y que estarían conexas a la función del derecho y su praxis.

En el contexto, entonces, de un rol exclusivamente profesionalizante, en las facultades se entregan contenidos informativos acorde a ese enfoque limitado y estático. Esto es, durante un promedio de cinco años se enseña al estudiante de derecho, el derecho positivo legislado, la interpretación judicial y doctrina jurídica, insertados esos contenidos en la concepción dogmática y exegetica del derecho.

Así como expresa Humberto E. Ricord "autoridades, administración, profesores alumnos, planes de estudios y programas, métodos de enseñanza integran los hitos azarosos del cometido de las facultades".³³

Para los fines de nuestro diagnóstico señalaremos en breves líneas las formas como interactúan lo esencial de esas funciones en la formación de los técnicos legales en la región:

a) *Objetivo de formación.* Si analizamos lo que se puede definir como la filosofía de las facultades, es factible detectar su orientación primordialmente profesionalizante que consume su cometido en "fabricar" abogados es decir, habilita individuos para el ejercicio liberal en una sociedad que se supone regulada por el ordenamiento positivo y volcada al mercado tanto económico como laboral. De allí se extrae un objetivo de formación esencialmente estático y conservador tanto de esa sociedad supuesta como del derecho vigente que provoca más tarde no pocas frustraciones en los distintos papeles que cumple el profesional del derecho.

b) *Contenidos (planes de estudios y programas).* En materia de contenidos éstos se orientan a informar enciclopédicamente acerca de la normatividad abstracta en recargados currículas de materias que intentan totalizar la frondosa legislación que crece, sin límite ni medida, respondiendo a la coyuntura sociopolítica que van imponiendo en dinámica interacción los grupos de presión que operan en nuestras sociedades de conflictos estructurales. Allí los contenidos deben escogerse entre los sectores legislativos más homogéneos y coherentes (generalmente códigos) y esa inorgánica legislación, generalmente de contenido social e intervencionista, y que aflora a partir de la década del treinta en la mayoría de los países latinoamericanos.³⁴

³³ Humberto Ricord. *Universidad y enseñanza del Derecho*, México, 1971, p. 49.

³⁴ Esas legislaciones responden a cambios cualitativos que operan en la dominación del aparato estatal y que permite a sectores medios acceder a él e imponer toda la legislación económica y social que hoy rige en la mayoría de los países latinoamericanos. Ver Marcos Kaplan, *La formación de los Estados nacionales en América Latina*, Editorial Universitaria, Chile, 1971.

En esa alternativa generalmente los currículas se estructuran en función de materias reguladas en códigos y se omiten las nuevas legislaciones que responden a otro enfoque. Así los contenidos que se entregan conceptualmente bien estructurados, conforman la base informativa de los abogados los que más tarde deben ejercer en una realidad social diferente y esencialmente móvil y cambiante. Esto es, allí se detecta un primer gran desnivel entre los contenidos enseñados y el derecho vivo que se desenvuelve bajo la dinámica social.

c) *Docentes y maestros*. El personal académico en su generalidad está compuesto por profesionales especialistas que alternan su actividad con la docencia. El profesor-hora es la base en que se desarrolla la enseñanza del derecho. Reconociendo el gran aporte que ellos han hecho y hacen a la formación jurídica, debemos, empero, reconocer que la pedagogía jurídica moderna señala que el dominio de una disciplina por sí sola, no implica eficiencia y facilidad en la comunicación de información y que la sola entrega de conocimientos vía conferencia no es suficiente para cubrir la formación e información integral del estudiante.³⁵

d) *Métodos de enseñanza*. Lógica consecuencia del estilo del docente-abogado, es decir, no profesional de la enseñanza jurídica, es su metodología. La docencia así entendida se imparte en función de la clase conferencia que supone un discurso monologado-sistemático de acuerdo a la habilidad y tiempo del maestro en relación a los contenidos antes vistos. A la figura preeminente del docente comunicador de información elaborada se contraponen un auditorio de alumnos pasivos, que deben escuchar sin mayor participación en la tarea enseñanza-aprendizaje. Así ambas instancias actúan separadas y la enseñanza corre por cuenta del maestro y el aprendizaje por parte del alumno. Allí en medio de esta metodología, los manuales y textos oficiales que recogen el derecho vigente, conforman la estructura en torno a la cual se despliega una nemotecnia acrítica y repetitiva por parte de estudiantes irreflexivos y a veces, ausentes.

En síntesis, las facultades de derecho en la región, pese a los esfuerzos loables de las cuatro Conferencias de Facultades de Derecho Latinoamericanas y de sectores de maestros jóvenes con espíritu de renovación, cumplen su función bajo las siguientes características:

1. Objetivos de formación. Individual-profesionalizante.
2. Información o contenidos. Norma positiva codificada.
3. Docentes y maestros. Contratados por hora y sin formación de pedagogía jurídica.

³⁵ Ver a Abraham Magendzo en "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 17, pp. 130 y ss.

4. Métodos de enseñanza. Clase conferencia. Monólogo sistemático.
5. Alumnos: pasivos que deben "almacenar conocimientos".
6. Formación de criterio jurídico. No existe.
7. Investigación integrada. No existe.
8. Extensión social formativa. No existe.
9. Relación derecho y desarrollo-cambio social. No existe.
10. Relación derecho y sociedad. No existe.

B) *Aspectos cuantitativos*: En este orden de materias se advierte una tendencia a la masificación de las facultades y que en algunos países lo están enfrentando con la fijación de cupos, como una manera de evitar la presión sobre el limitado mercado laboral del abogado. La tesis muy difundida que existe una superpoblación de técnicos legales requiere ser redefinida y críticamente evaluada. Lo que al parecer sucede es que bajo la filosofía vigente en la formación de los abogados (ya analizamos la estructura de los contenidos curriculares) la sociedad latinoamericana esencialmente cambiante y dinámica, tiende a limitar el acceso del profesional tradicional, pero en cambio, en función del desarrollo y del cambio social, se van abriendo campos inéditos e importantes que deben ser cubiertos por hombres de derecho distintos y especializados en áreas nuevas. Con ello estamos reafirmando el legítimo rol que debe jugar el abogado, pero entendido éste, como un técnico o científico cualitativamente distinto al que hoy prevalece en el foro latinoamericano. Este tópico requiere de una reflexión profunda y un actuar en consecuencia a fin de buscar los mecanismos que alteren la situación de subempleo que hoy observamos en el campo de los egresados en nuestra disciplina. Es a nuestro entender, un desafío social inexcusable el que hoy se plantea a las universidades y especialmente, a los docentes y autoridades encargados de la formación del abogado en la región.

9. BASES TEÓRICAS PARA UNA REFORMULACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA

En las páginas anteriores hemos brevemente transitado por todas las variables del universo jurídico en el continente, señalando en cada paso, las deficiencias algunas de tipo estructural, que se observan en la trilogía; sistema normativo, roles profesionales y formación de los abogados. Nuestro enfoque crítico, culmina con algunas ideas provisorias acerca de las eventuales bases en que podrían orientarse una política de reformulación del proceso enseñanza-aprendizaje, lugar en el que a nuestro juicio está la raíz más notoria de la crisis que enfrenta el hombre de derecho en sociedades como la latino-

americana que viven y sobreviven bajo la presión de conflictos dinámicos, con flujos y reflujos permanentes y que el derecho como objeto cultural del desarrollo social y humano debe recoger, canalizar y estimular.

9. a) SUPUESTO CONCEPTUAL. Para fijar nuevas premisas en relación a la formación distinta del abogado, debe, superarse la concepción que ha prevalecido del derecho y por ende, buscar nuevos derroteros doctrinarios y teóricos que sitúen en forma más dinámica el "objeto jurídico" en sociedades cambiantes y conflictivas.⁸⁶

Toda concepción moderna del derecho debe superar el punto de vista restringido, estático y formalista. Requiere sin duda, un enfoque dinámico, totalizador y concreto. Las estructuras socio-jurídicas de América Latina son expresiones cristalizadas de una realidad permanentemente móvil, compleja y conflictiva. Como señala Marcos Kaplan: "La realidad social es el proceso histórico sin finalidad predeterminada ni estación de llegada. Realidad y proceso, historia y sociedad no existen fuera de los hombres, de sus necesidades, relaciones y obras, son manifestaciones y concretaciones siempre cambiantes del devenir total del ser humano, de su producción y formación autónoma originada por su acción sobre la naturaleza y los demás hombres y los lazos que mantienen con una y otros."⁸⁷

De ahí que el derecho debe situarse en ese parámetro, como expresión de formas, estructuras y sistemas dialécticamente interrelacionados y ubicados en función del desarrollo histórico de América Latina y en relación con la estructura general y de poder de la sociedad global.

Ello presupone que las instituciones del derecho deban enfocarse bajo el prisma interdisciplinario. Las ciencias sociales, y por supuesto el derecho, no han llegado aún a constituir una teoría del hombre que les permita un análisis integrado de los fenómenos sobre los cuales trabajan. Cada ciencia que, bajo lo que Jean Duvignaud llama "el cretinismo tecnológico amenaza al especialista incapaz de salir de su especialidad", intente un trabajo independiente y unilateral no acierta por sí sola a captar y a interpretar la infinita riqueza y la mutua imbricación de los aspectos y niveles de la realidad social total.⁸⁸

Lo anterior supone, como es lógico, superar el positivismo jurídico y dogmático del derecho, como centro vital y centrípeto de la preocupación del jurista. Friedman en el mismo sentido ha señalado la obsolescencia que los códigos continentales y los precedentes exhiben en la regulación de las con-

⁸⁶ François Gény. Analizado por L. Recaséns Siches: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, pp. 26 y ss.

⁸⁷ Marcos Kaplan y otros, *La crisis del desarrollismo y la nueva dependencia*, Amorrortu editores, Argentina, pp. 136 y ss.

⁸⁸ Jean Duvignaud, *Introduction a la sociologie*, París, Gallimard, 1966.

ductas sociales en las sociedades industrializadas, cuyas realidades han readaptado instituciones como la propiedad, los contratos, igualdad y libertad, tan venerados y respetados por la exégesis de los juristas tradicionales.³⁹

Para las sociedades en vías de desarrollo que buscan el reemplazo de estructuras, la fluidez y plasticidad de las instituciones jurídicas constituyen premisas doblemente necesarias. A los factores ontológicos del derecho se suma la estratificación desigual de sociedades que se alejan cada vez más de los requisitos establecidos por la teoría democrática.

De ahí que la concepción dogmática del positivismo jurídico debe ser superada, pues en lo externo contradice la movilidad y el cambio social y en lo interno se muestra incapaz de dar respuesta a algunas interrogantes: ¿Qué causas, razones o motivos provocan la dictación, modificación o derogación de la norma positiva general o particular? Asunto éste que apunta a las fuentes materiales del derecho; ¿qué fin u objeto se persigue con la prescripción mediante la norma jurídica de una determinada conducta?, materia ésta que mira a los fines del derecho; ¿rige la norma efectivamente la conducta de los individuos, o adecuan éstos su conducta a lo prescrito por la norma? Cuestión que mira a la eficacia de la norma; si no lo hacen ¿de qué manera debe ser modificada para conseguirlo? En estas reflexiones emerge nítidamente la limitante que exhibe el derecho considerado bajo la sola concepción de la dogmática positiva y que constituyen materias propias de la preocupación de todo jurista moderno.

De ello se infiere que debe ampliarse el horizonte jurídico tanto externamente, a través del trabajo interdisciplinario con otros científicos sociales e internamente, hacia la normatividad concreta o eficacia de la norma en su papel de regulador de fenómenos sociales. En esa perspectiva totalizadora el jurista contemporáneo puede realmente acercarse al derecho, evaluar societalmente la forma como la norma abstracta, racional e intemporal según la exégesis, sirve o estorba, en la arena de los hechos sociales. Ello implica además, asignar un carácter finalista a la norma jurídica, particularmente en los procesos de cambios sociales, en los que la realidad cambiante vaya siendo canalizada por una juridicidad funcional y eficaz.⁴⁰

Por último, a esa dualidad norma positiva y eficacia debe asomarse la idea de justicia que como guía debe señalar las pautas por las que deben transitar ambas facetas del objeto jurídico. En síntesis, reiterando lo planteado anteriormente, el supuesto básico es concebir el "objeto jurídico" insertado en la interacción de estructuras complejas, móviles y conflictivas y en lo interno ubicarlo como una trilogía conjunta que mira el ideal de

³⁹ W. Friedman, *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

⁴⁰ Felipe Herrera Lane. *La década de los 70 en América Latina. Derecho y desarrollo*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 7, pp. 6 y ss.

justicia, a la norma positiva dada por el legislador y a la conducta real de acatamiento o violación por parte de la sociedad o grupos regidos.⁴¹

9. b) OBJETIVOS FORMATIVOS. En este nivel se apunta a cambiar un concepto que ha prevalecido en la enseñanza superior en todo el mundo y cuyo debate no está por cierto agotado. Es decir ¿el objetivo será sólo ir a la formación profesionalizante del hombre? El desarrollo cada vez más complejo de las relaciones sociales y el progreso de la tecnología van por una parte, exigiendo la especialización cada vez más vertical y por la otra, deshumanizando al especialista y haciéndolo cada vez más impermeable a lo que se ha dado en llamar la conciencia social.

En el caso que nos preocupa la formación del abogado debe mirar a ligar permanentemente su función con la búsqueda de la justicia, tanto en sus aspectos individuales como colectivos. Para ello creemos que debe situarse como objetivo formativo una relación constante con la sociedad en que va a servir, mezclarse en sus aspiraciones y problemas y en ellos inspirar su futura acción.

Al respecto se ha teorizado abundantemente en nuestras universidades señalando el compromiso social que debe tener el estudiante y que en todo instante debe ligar su suerte con los de la comunidad. Para ello se sugieren tareas docentes-prácticas en las cuales deben unirse los objetivos de la enseñanza con los ideales de justicia que animan a toda sociedad en cambios.

En resumen, se puede señalar como objetivo formativo básico que el estudiante participe en tareas colectivas y sensibilice su accionar como una manera de impedir el aislamiento individual que el ejercicio de la abogacía por sí crea y desarrolla.⁴²

9. c) LAS FUENTES DEL APRENDIZAJE. Al hacer el diagnóstico de la forma como se enseña el derecho en el continente, señalamos que en ella, prácticamente hay una ausencia en la formación del criterio jurídico o en lo que Karl Jaspars llama "la actitud de la científicidad" en los estudiantes.⁴³

Al efecto, es importante recurrir a una clasificación efectuada por Bloom y que tiene íntima relación con nuestra preocupación.

Bloom señala que la dualidad enseñanza-aprendizaje se realiza en función de tres áreas de recepción: a) el dominio cognoscitivo; b) el dominio afectivo o emocional y c) el dominio sicomotor o activo.⁴⁴

⁴¹ Recaséns Siches, obra citada.

⁴² Felipe Allende, *En torno a la docencia universitaria*, "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 16, p. 108.

⁴³ Enrique Cury. Citado por el autor en *Reflexiones sobre el método de la enseñanza del Derecho*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 6, pp. 11 y ss.

⁴⁴ Benjamin Bloom (editor). *Taxonomy of educational objectives. Handbook. I. Cognitive Domain*, New York, 1964.

9. c) 1. *Conocimientos e información*: En el dominio cognoscitivo se ubica el conocimiento-información que para llegar a ser completo debe a su vez, transitar por etapas sucesivas que conforman una pirámide, cuya base es el conocimiento propiamente tal el cual debe superar, la comprensión, la aplicación, el análisis, la síntesis y por último como corolario, el juicio. A través de este proceso, según Bloom se obtiene un conocimiento útil y verdadero.⁴⁵

9. c) 2. *Valores afectivos*: En el dominio ético-afectivo se ubican los intereses, ideales, actitudes y valores que se conjugan con el área de la información y que dice relación con la concepción humana y social que se crea en los estudiantes acerca del ideal del profesional. Ello acomete reflexiones como ¿Qué valores se proyectan en relación a la justicia? ¿Cómo medimos el éxito profesional de un abogado? ¿Que alternativas se insinúan entre justicia y riqueza? ¿Cómo expresamos la noción de servicio jurídico a la comunidad? ¿Es el cliente el centro de nuestra vida profesional?, etcétera, etcétera.

9. c) 3. *Sicomotor o activo*: El dominio sicomotor o activo se relaciona con la necesidad de desplegar aptitudes, destrezas, lenguaje técnico, relaciones humanas, redacción, etcétera. Esto es el conjunto de habilidades que son indispensables en la vida profesional de un abogado eficiente.

Creemos que estos tres campos deben estar presentes en toda formación jurídica moderna que supere la instancia mecanicista de la nemotecnia y lleve realmente al estudiante a adquirir un sólido criterio jurídico, flexible y abierto, ante las contingencias que la vida en sociedad le plantea.

10. CONTENIDOS

En este campo se hace necesario distinguir previamente los parámetros en los cuales se encierran conceptualmente los contenidos y la forma de estructurarlos. En otras palabras, la concepción del abogado ideal o arquetipo y la estructura curricular de las materias.

Arquetipo o producto final que se busca: Al respecto debemos señalar que al plantearnos la selección de los contenidos o materias de un "currículum" afloran dos tendencias bien definidas: a) el abogado practicante nato, técnico en destrezas legales y que vocacionalmente se desarrolla, tanto a través de los estudios como de su práctica jurídica anexa y b) el jurista, de extensos

⁴⁵ Benjamin Bloom, obra citada.

conocimientos, ligado o fronterizo al cientista social que debe ocupar niveles de asesoría en empresas u oficinas gubernamentales. Ambas tendencias han sido graficadas en la sociología jurídica norteamericana por el profesor W. L. Twining como la imagen entre el plomero y Pericles.⁴⁶

Creemos, sin embargo, que ambas concepciones exageran sus respectivos enfoques y que en la situación concreta de nuestras sociedades se requiere un técnico legal, que además de dominar los principios generales de la normatividad positiva de un país, esté entrenado para verificar su eficacia y lo que es más importante que sepa situar la norma de derecho en el contexto dinámico de sociedades estructuralmente desiguales y complejas. Bajo ese prisma es que los contenidos deben ser matizados e instrumentados, ligando la enseñanza teórica a la praxis jurídica y social de la comunidad. Así la utilidad y eficacia de un abogado deben medirse por su sólida formación jurídica integral y por su íntima relación con los asuntos colectivos en los que está inserta su profesión.

Estructura curricular: El currículum puede definirse como el conjunto de condiciones debidamente planificadas, mediante las cuales los alumnos aprenden o adquieren diferentes tipos de conducta o comportamiento,⁴⁷ o también como el conjunto de elementos que, en una u otra forma o medida, pueden tener influencia sobre el estudiante en el proceso educativo. (Así los planes, programas, actividades, material didáctico, edificio, mobiliario, ambientes, relaciones profesor-alumno, horarios, etcétera constituyen elementos de este conjunto). Así todo currículum debe planificarse en función de objetivos definidos. La forma como tradicionalmente se ha enfrentado el currículum en las facultades ha sido a través de un sistemático recargo de materias que se van anexando a las asignaturas de código sin apuntar a objetivos ni formativos ni informativos claros. Cabe sostener como principio a todo currículum que en él debe haber un tratamiento a la vez crítico y dogmático del derecho vigente. Dogmático en el sentido de investigar, conocer y enseñar el derecho dado y crítico en dos sentidos. Uno en enfrentar la norma con los valores vigentes en la sociedad y otro en contrastar la forma como los impetrados observan o desobedecen la norma (eficacia).

Todo currículum de derecho debe contemplar cursos obligatorios y cursos optativos en la arena estrictamente jurídica y además disciplinas generales, jurídicas y no jurídicas y generales de opción.

De más está en señalar que el sistema de semestralización es una conquista de la moderna enseñanza y que debe jalonar las secuencias en que las diversas materias se imparten. Por considerar de atingente utilidad repro-

⁴⁶ W. L. Twining. *Pericles y el plomero. Un enfoque en torno a la reforma del Derecho*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 14, pp. 17 y ss.

⁴⁷ Abraham Magendzo, obra citada.

duciremos un programa tentativo del profesor Squella que engloba en lo esencial las más usuales ramas que hoy se imparten en las facultades latino-americanas: ⁴⁸

A. *Cursos obligatorios*

Derecho Constitucional	2 semestres
Derecho Civil (incluida introd. al D. Pr.)	7 semestres
Derecho del Trabajo	2 semestres
Seguridad Social	2 semestres
Do. Internacional Público	1 semestre
Do. Económico	2 semestres
Do. Penal	4 semestres
Do. Procesal y Práctica Forense	5 semestres
Derecho Administrativo	4 semestres
Derecho Comercial	1 semestre
Derecho Tributario	1 semestre
Derecho Agrario	1 semestre
Derecho Aduanero	1 semestre

B. *Cursos de opción*

Derecho de Minería y Energía	1 semestre
Derecho Inter. Privado	1 semestre
Derecho de la Navegación	1 semestre
Derecho Cooperativo	1 semestre
Derecho Ambiental (Contaminación, Urbanismo, etcétera)	1 semestre
Medicina Forense	1 semestre
Criminología	1 semestre
Derecho de la Integración	1 semestre

Disciplinas Generales

Introducción al Derecho	2 semestres
Historia del Derecho	2 semestres
Sociología Jurídica	2 semestres
Teoría del Estado	1 semestre
Filosofía del Derecho	1 semestre

⁴⁸ Agustín Squella, obra citada.

Curso de opción

Derecho Comparado	2 semestres
Investigación empírica	2 semestres

*Disciplina no jurídica**Cursos obligatorios:*

Historia de las Instituciones Políticas y Sociales del país	2 semestres
Teoría Política y Constitucional	2 semestres
Economía	2 semestres
Política Económica	2 semestres
Finanzas Públicas	1 semestre

B. Cursos de opción

Ciencia Política
Economía Latinoamericana
Integración Latinoamericana
Relaciones Internacionales.

Este "currículum" tentativo tiene la ventaja de ofrecer una solución clara y operativa, no rígida ni tampoco puramente experimental y que ubica en un proceso paulatino la incorporación de nuevas áreas sin perder de vista lo que ha sido el centro formativo básico que ha prevalecido en nuestras facultades. A él deben incorporarse preseminarios y seminarios realmente efectivos a fin de adiestrar a los estudiantes en el manejo de técnicas de investigación, indispensable en el desempeño eficiente de todo abogado moderno.

II. LOS MÉTODOS

Los métodos de enseñanza son el conjunto de procedimientos o secuencias estructuradas de acción que promueven la interacción y tienden a producir modificaciones conductuales en los alumnos.⁴⁹ Conviene resaltar que los métodos tienen una íntima conexión con los objetivos tanto formativos como educacionales en general. La doctrina pedagógica distingue los métodos de

⁴⁹ Abraham Magendzo, obra citada.

los recursos, pues éstos últimos son elementos auxiliares que sirven para poner en movimiento a los métodos. Así determinados recursos, que aparentemente implican innovaciones, muchas veces no consiguen otra cosa que reforzar un método tradicional. Ejemplo de este caso lo tenemos en la incorporación de la cinta magnetofónica que registra una clase conferencia. Ese recurso refuerza la actitud pasiva del estudiante y la preeminencia del conocimiento elaborado por parte del maestro.

Todo método debe llevar tras de sí, despertar el *interés y la motivación de los alumnos* y desarrollar en estos un cúmulo de destrezas e incentivos que los capaciten a la necesidad de saber enfrentar los problemas de todo orden que presenta el ejercicio de la profesión.

Uno de los puntos esenciales que debe contemplar, en el caso específico de derecho, toda innovación metodológica, es el cambio de la relación profesor-alumno a la inversa por alumno-profesor. Con ello se integra en un sólo universo el proceso, enseñanza-aprendizaje, con lo que se logra esa comunidad ideal de estudio entre docentes y educandos.

En nuestras facultades, como ya se vio, ha predominado el método de la clase conferencia, cuyas características han sido ya abundantemente denunciadas y evaluadas.⁵⁰ Su crítica prácticamente se ha institucionalizado en las cuatro Conferencias de Facultades de Derecho Latinoamericano en las que se ha reiterado la necesidad de incorporar nuevos métodos de enseñanza, específicamente de tipo activo.

El método activo: En lugar de espectadores pasivos de su formación que se asoman a las clases sin ningún trabajo previo, los estudiantes, verdaderos protagonistas de la función docente, han de preparar los materiales, entregados o indicados por el profesor con inquietudes e interrogantes, dispuestos a discutir académicamente bajo la dirección del docente.⁵¹ Se caracteriza por ser activo, esto es, que evoca la connotación socrática y casuístico lo que significa que la aproximación a los diferentes temas se realiza mediante el trabajo con casos concretos. Es necesario advertir que el método activo no es patrimonio exclusivo de la enseñanza de derecho del *common law*, pese a tener como fundador al jurista estadounidense Landgell.⁵² La disección de las sentencias más significativas es hoy práctica ordinaria en la enseñanza del derecho en Francia y otros países europeos integrantes del sistema jurí-

⁵⁰ La clase-conferencia se distingue de la clase magistral, pues ésta está constituida por el resultado de las investigaciones del profesor, por sus reflexiones originales sobre los distintos puntos de la materia; en cambio, la clase-conferencia consiste en una exposición de conocimientos ajenos (generalmente repetición de textos y manuales).

⁵¹ Jorge López Santa María, *Proyecto de Investigación*. "Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas", núm. 6, p. 33.

⁵² Christopher C. Langdell. Citado por Enrique Cury, obra citada.

dico continental.⁵³ Además del trabajo con sentencias, está la incorporación de casos o problemas hipotéticos elaborados por el profesor. Ambos tipos de casos sirven para adiestrar y hacer razonar críticamente a los estudiantes. En el método de sentencias, éstas entregan al alumno el razonamiento jurídico ya hecho y la solución misma de la controversia y en el método de problemas, el estudiante se enfrenta a la necesidad de efectuar él dicho razonamiento. En uno hay material para la crítica y en el otro para la elaboración.

Abonan esta tendencia lo señalado por Gino Gorla, comparatista italiano de la Universidad de Roma: "Una aclaración necesita también el "método casuístico". No se lo entiende en el sentido peyorativo con que en moral o en derecho se habla de casuística al hacer referencia a aquella mentalidad o sociedad que incapaz de elevarse a los principios y de expresarlos, se agota y se pierde en soluciones desordenadas de los casos concretos. Se trata de rehacer o reproducir en nuestra mente, en particular en la del estudiante, el proceso mental que conduce a jueces y legisladores (éstos también proceden de tal modo, a veces a causa de largas e inconcientes sedimentaciones de casos concretos) a formular abstracciones de reglas y principios, para volver a descender, en un cambio o círculo continuo, al problema del caso concreto."⁵⁴

De la anterior se deduce que el método activo tanto por su naturaleza dinámica como por su inserción creadora en los sistemas jurídicos continentales, es un factor insustituible en toda metodología moderna de la enseñanza, el que puede matizarse con métodos de clase conferencia o magistral, especialmente en las materias que requieren una ubicación conceptual de principios, en la tarea previa a la incorporación de caso, ya sea de sentencia o de problema hipotético.⁵⁵

12. LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La investigación es una función de enorme trascendencia en la interacción universidad *vs.* sociedad. Ya se mencionó en base al estudio de Edmundo Fuenzalida, que las universidades latinoamericanas efectúan una muy limitada investigación. Las facultades de derecho, como se supone no están ausentes de dicha limitante, pese a haberse acordado ya en México, en 1959 con ocasión de la Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas, en la que se señaló: "Compete a las facultades de América Latina la investigación, enseñanza y difusión de los sistemas jurídi-

⁵³ Jorge López Santa María, obra citada.

⁵⁴ Gino Gorla. Citado por Jorge López Santa María.

⁵⁵ Rafael Valenzuela, *Metodología del aprendizaje del Derecho*. Ediciones Universitarias, 1970, núm. 10 y ss.

cos.”⁵⁶ Las tres conferencias posteriores han reiterado tal planteamiento, recomendando al efecto, una serie de medidas tendientes a institucionalizar la labor investigativa en las facultades.

Ahora bien, al abordar el problema de la investigación jurídica emerge al igual que en la arena de la enseñanza, el arduo asunto del “objeto a investigar”. Esta primera delimitación nos lleva a plantear, por lo menos a nivel teórico provisorio, la necesidad de encontrar un mínimo consenso en relación a un concepto del derecho. Por lo demás ya Kant señaló en el siglo XVIII al respecto: “Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho.”⁵⁷ Hoy si bien es cierto, y gracias al desarrollo de las ciencias culturales modernas, tal definición no está lograda, pero al menos, está delimitado que el objeto jurídico está radicado en la estructura socio-económica de la comunidad y que por ende es un producto histórico-cultural.

Sin embargo, el carácter problemático del objeto jurídico es a nivel de concepto entendido y estudiado bajo dos ángulos. Uno denominado formulismo conceptual o dogmática jurídica (totalizador de todos los subsistemas de positivismo jurídico) que centra su preocupación en la *norma positiva* asimilada a norma de conducta *dada*, de carácter intemporal, heterónoma, estática y autónoma. Kelsen resume al efecto: “Una descripción analítica del derecho positivo como conjunto sistemático de normas válidas, no es sin embargo, menos empírica que la ciencia natural limitada a un material ofrecido por la experiencia. La teoría del derecho pierde su carácter empírico y deviene metafísico cuando va más allá del derecho positivo y hace afirmaciones de un supuesto derecho natural.”^{58, 59}

El otro ángulo que podríamos calificar de realismo jurídico que tiene su origen en el historicismo y en Francisco Geny, apunta a situar la norma como expresión de relaciones sociales que operan en un tiempo histórico y cuya validez y vigencia (eficacia) se viabiliza y detecta en la actitud concreta de los imperados o regidos. Se afianza esta concepción, que a nuestro juicio debe servir de parámetro para ir a la creación de una teoría realista del derecho en sociedades dinámicas como las nuestras, en el carácter esencialmente cultural del derecho, cultura que como se advierte no es dada por nadie extraño al hombre, sino que se construye azarosamente en el desarrollo histórico de las sociedades. De allí que si ubicamos la ciencia jurídica como ciencia de la cultura o culturales, ubicación, en la que al

⁵⁶ Ver Humberto Ricord, obra citada.

⁵⁷ Carlos Gutiérrez. *Universidad de Costa Rica. Investigación Jurídica*, Doc. N° 21. “Revista del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas”, núm. 7, p. 42.

⁵⁸ Hans Kelsen, obra citada.

⁵⁹ Sobre el tema ver, entre otros, a Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez y Hans Kelsen.

parecer hay consenso, tendremos que aceptar el perfil histórico y contingente de la norma jurídica y analizarla y describirla en su rol operacional de regulación social.

Estas dos tendencias son las que rodean doctrinariamente el objeto del derecho. Como es lógico aquí la concepción del objeto definirá el instrumental metodológico que se use en uno y otro sentido. Se da, entonces, la antinomia "el método se adecua al objeto o si el objeto es determinado por el método".

En relación al método y luego de señalar tres concepciones sobre el objeto del derecho, el jurista mexicano doctor Héctor Fix-Zamudio precisa con certeza: "Si se le otorga primacía a la sistematización de los conceptos de carácter jurídico, el jurista que siga esta orientación dará preferencia a la deducción y a la síntesis. Por el contrario, si el estudio se inclina por un examen realista de los datos de la experiencia jurídica, se inclinará por el análisis y la inducción. Pero en todo caso, ninguno de los que se sitúan en ambos extremos y menos aún los que se colocan en una posición intermedia, pueden ignorar completamente los métodos opuestos".⁶⁰

Otra variable conexas es la relativa a métodos y sistemas jurídicos. Como señalamos en los métodos de la enseñanza jurídica no puede plantearse una separación tajante entre el instrumental del sistema jurídico continental-románico que supone la sistemática, deducción y síntesis y por su lado los sistemas del derecho anglo-americano más proclive a la inducción y el caso. La interpenetración a niveles universales de ambas familias ha producido una positiva mezcla y hoy el jurista de cualquier sistema debe conocer y aplicar el acervo universal del derecho contemporáneo o la "Federación Metódica" de que habla William Pepperell M.⁶¹

Sin embargo, de acuerdo al método y a las fuentes utilizadas se acostumbra diferenciar la investigación jurídica en dos grandes campos: la investigación dogmática o doctrinal y la investigación empírica.

La investigación dogmática o doctrinal: Albert J. Harno ha descrito este tipo de investigación como en "la que el objetivo principal es aclarar el derecho, tomar una posición, dar razones cuando hay un conflicto legal y tal vez, sugerir métodos para mejorar el derecho".⁶²

La investigación doctrinal requiere de dos órdenes de condiciones: subjetivas que implica poseer por parte del investigador una sólida formación jurídica doctrinaria que supone conocimiento de autores, historia y legis-

⁶⁰ Héctor Fix Zamudio, *Reflexiones sobre la investigación Jurídica*. Comunicación del autor a la "Conferencia sobre Derecho y Desarrollo", Valparaíso, Chile, 1971, "Revista Messis", núm. 2, p. 40, México, 1971.

⁶¹ Citado por Fix Zamudio, obra citada.

⁶² Citado por Carlos Gutiérrez, obra citada.

lación comparada y objetivos o de infraestructura que miran a bibliotecas, legislación clasificada y jurisprudencia ordenada y actualizada.

En síntesis, de la conjunción de las condiciones vistas depende en buena medida el éxito de este tipo de investigación jurídica que mayor esfuerzo ha concentrado en las facultades de la región.

La investigación empírica. Harper ha descrito la labor de la investigación empírica en los siguientes términos: "El investigador no doctrinario se preocupa por lo que los hombres hacen realmente en vez de por aquello que los hombres, a través de sus leyes, o sentencias judiciales dicen que hacen. Para poder encontrar lo que los hombres hacen es necesario reunir "hechos" sociales, económicos, psicológicos. Estos "hechos" pueden ser utilizados para señalar la brecha entre el derecho como es y el derecho como la realidad objetiva indica que deberá ser. O tal vez los hechos pueden dejarse de lado para servir como un depósito de conocimiento que tal vez puede ser base para cambios futuros".⁶³

La investigación empírica ha desarrollado un conjunto instrumental de amplia utilización en la sociología y ciencia política contemporáneas que críticamente adaptadas pueden ser de gran utilidad al jurista que busca armonizar la dualidad entre la norma positiva y la efectiva realidad ya sea de acatamiento o desobediencia de los impetrados. Es interesante destacar que la dicotomía antes señalada ha imperado originariamente en América Latina y que bajo la dominación hispánica, paralelo a las disposiciones metropolitanas subsistió por largo tiempo un derecho consuetudinario indígena de amplia aplicación y eficacia. De allí que las codificaciones y demás leyes positivas cargan sobre sí esa herencia por lo que se hace científicamente indispensable detectar la vivencia social con contenido jurídico que aún subsiste en nuestros ordenamientos prescriptivos.⁶⁴

Justifica, además esta preocupación, la situación especial que se da en las sociedades en desarrollo, donde el derecho pasa a ocupar una función esencialmente finalista que persigue metas socio-económicas en base a la búsqueda de la justicia y seguridad jurídica. De ahí que la precisión y detección de datos sociales y conductuales sean ingredientes necesarios y previos para evaluar con propiedad y rigor la función que cumple la norma y sus supuestos de vigencia y validez. La investigación empírica del Derecho puede asumir tres variables según lo señala el Dr. Fix-Zamudio: a) El estudio de las fuentes directas de las normas positivas, esto es, el análisis objetivo de leyes, códigos, reglamentos, sentencias, etcétera, lo que el autor denomina "un conocimiento empírico de carácter normativo"; b) el estudio

⁶³ S. Harper. *Caution, Research Ahead*, "Journal of Legal Education", núm. 13, 1961, vol. 13, p. 411.

⁶⁴ Ver Carlos Gutiérrez, obra citada.

de la norma en cuanto a su eficacia, lo que supone la recolección de datos conductuales y sociales extraídos de la realidad y expuestos a análisis en función de la norma prescriptiva. Añade el mencionado autor "se trata pues de un conocimiento pragmático, pero siempre orientado por la dogmática jurídica, de la aplicación, entendida en sentido amplio de las disposiciones normativas";⁶⁵ y c) el estudio de los fenómenos sociales a través de los que se manifiesta la evolución del derecho. Debe señalarse que esta última variable fronteriza a la sociología jurídica se considera por algunos autores como campo ajeno al del derecho y por lo tanto, exorbitado de la esfera de preocupación del jurista. Sin embargo, nosotros pensamos que aislar del objeto jurídico los hechos sociales o supuestos históricos, es asignar al derecho ese carácter autónomo e intemporal, que precisamente ha impedido que la juridicidad rija plenamente en sociedades conflictivas y cambiantes. La sociología del derecho que centra su preocupación en la eficacia y efectividad de la norma jurídica es una esfera de real importancia en todo estudio moderno y progresista del derecho. Como enfatiza al efecto el Dr. Fix-Zamudio: "Si el derecho es un producto de la vida social, si es la vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, tanta riqueza de matices y que se encuentra en continua y constante transformación."⁶⁶

La investigación empírica requiere de dos tipos de supuestos: a) Una rigurosa formación en los principios jurídicos tanto teóricos como positivos y b) El concurso interdisciplinario de equipos de científicos sociales que suministren al jurista la descripción más detallada de los "datos o hechos sociales" con relevancia jurídica.

En relación a estos supuestos no ha habido suficiente claridad. Es el caso que para algunos, vehementes adictos a la investigación empírica del derecho, el conocimiento y dominio de la dogmática positiva no es necesaria y basta una noción general al efecto. Tal planteamiento nos parece poco científico pues el análisis y evaluación de los "datos sociales" que efectúa el jurista deben estar insertos en un cuerpo doctrinario muy perfilado a riesgo que la investigación se transforme en una masa inconexa de datos sin mayor relevancia para el derecho. En cuanto al prerequisite b) también ha habido falta de consenso. Unos postulan que el jurista invada competencias y se transforme en un científico social y sepa manejar todo el instrumental de las modernas ciencias culturales o sociales. Otros, en los que nos incluimos, pensamos que el jurista necesita el auxilio científico de otras disciplinas afines

⁶⁵ Ver Fix Zamudio, obra citada, pp. 49 y 50.

⁶⁶ Fix Zamudio, *En torno a los problemas de la metodología del Derecho*. "Revista de la Facultad de Derecho", UNAM, núm. 62, 1966, p. 473.

y que la labor en común se efectúa en función de lo que cada quien aporta desde su dominio particular.⁶⁷

Fines de la investigación jurídica: La investigación del derecho puede realizarse en función de tres objetivos: 1) Investigación como medio de enseñanza; 2) La investigación como auxiliar básico de la enseñanza del derecho y 3) La investigación destinada a conocer la realidad jurídica a fin de implementar una política legislativa oportuna y eficiente.

La primera finalidad mira a ejercitar al futuro abogado en el manejo, sistemas y hábitos que la investigación crea y que servirán para enfrentar los múltiples problemas que la vida profesional presenta.

Aquí juegan su importante papel los preseminarios y clínicas en los niveles inferiores de la carrera. Ricardo Nassif expresa en relación: "Es difícil comunicar todas las verdades de la ciencia, pero es posible desarrollar en el alumno el amor a la verdad y la forma de lograrlo" y continúa. "Éste es el punto de encuentro de la docencia y la investigación postulado por una nueva pedagogía universitaria que ve a la primera realizarse en la segunda y a ésta reproducirse en aquélla."⁶⁸

La segunda finalidad apunta a la necesidad de que todo docente al enseñar debe proyectar su producción investigativa.⁶⁹ Una enseñanza sin renovación constante se vuelve mecánica y congelada. Albert J. Herno señala con certeza: "La enseñanza y la producción académica van siempre de la mano. Cada una complementa y estimula a la otra. La enseñanza proporciona el incentivo para la vida académica productiva y ésta enriquece la nueva enseñanza."⁷⁰

La tercera finalidad se acerca al análisis y conocimiento del sistema jurídico en el sentido amplio. Se trata de detectar la forma como el derecho rige las relaciones sociales, enjuiciar con sentido crítico la norma jurídica, su validez y eficacia y proponer los elementos de cambios que permitan cumplir con eficacia los objetivos sociales y colectivos que se supone tiene en vista el legislador y el magistrado. En esta tarea, las facultades tienen que asumir una responsabilidad de primera magnitud dando los criterios y parámetros al legislador, que no siempre actúa con el rigor científico más adecuado en la formulación de las leyes. Creemos que el semillero natural de toda política legislativa en América Latina, debe partir de la labor de los docentes e investigadores en el seno de las facultades de derecho. En síntesis, las tres finalidades de la investigación jurídica antes descritas legitiman por sí solas,

⁶⁷ Umberto Cerroni. *Metodología y Ciencia social*, Ed. Martínez Roca, Barcelona.

⁶⁸ Citado por A. Bascuñan. *Universidad: Cinco ensayos para una teoría de la Universidad*, Editorial A. Bello, Santiago, 1963, p. 79.

⁶⁹ Ver diferencias entre clase-conferencia y clase magistral. *Supra*, nota 50.

⁷⁰ Citado por Carlos Gutiérrez, obra citada.

la dedicación, esfuerzos y recursos que deban implementarse en este campo tan descuidado del quehacer universitario en la región.

13. LA EXTENSIÓN FORMATIVA

Una de las misiones de toda comunidad universitaria es la extensión o participación ampliada de su quehacer hacia la sociedad. En lo que a las facultades de derecho concierne ello se puede concretizar a través de trabajos de difusión del saber jurídico o servicios tanto hacia adentro de la Universidad como hacia fuera de los campos.

Uno de los campos focales importantes para proyectar la misión de servicios es el relativo al vasto mundo de la marginalidad social o pobreza. Allí el estudiante además de visualizar y tomar conciencia de su deber para con la comunidad, puede prestar una ayuda ilimitada en lo que a educación o cultura jurídica se refiere.

De ahí que proponemos el establecimiento de instituciones subalternas a las facultades que denominamos "consultorios jurídicos periféricos" que tienen como tarea fundamental asistir legalmente a los sectores más marginales de nuestras sociedades, proveyendo a la solución de casos particulares o poblacionales de esos sectores, alejados totalmente de la juridicidad y el derecho.

Este tipo de práctica docente social debe necesariamente contar con la presencia de docentes encargados de dirigir las prácticas conjuntas las que deben en lo sustancial realizarse en el terreno mismo donde se producen los asuntos que requieren asesoría y asistencia jurídica.⁷¹

Propugnamos al efecto, el establecimiento con carácter semipermanente de estos consultorios que deben radicarse en los lugares previamente seleccionados y hacia el cual deben dirigirse tanto estudiantes como docentes designados. El efecto multiplicador de tales centros de asistencia es inmenso particularmente en la imagen y validez del ordenamiento jurídico, pues incorpora a sectores que muchas veces por generaciones no han tomado contacto de ningún orden con las instituciones del derecho.

En relación al estudiante, reiteramos que constituyen una escuela social inestimable que influirá en el futuro profesional volcando el carácter privatista y egocéntrico del abogado hacia una concepción de real servicio e integración a la sociedad en que vive.

De lo anterior es que denominamos "extensión formativa" para remarcar el carácter dialéctico de interacción que se provoca llevando al estudiante a la realidad más necesitada de la sociedad para que desde allí, en un servicio de asesoría permanente, extraiga los elementos que influyan en un cambio

⁷¹ Ver experiencia chilena en "Revista de Docencia e Investigación Jurídica", núm. 7, Gonzalo Figueroa y Jorge Tapia V.

cualitativo en lo que hasta ahora ha sido el ejercicio del profesional del derecho.

14. CONCLUSIONES

1. Dentro del proceso del orden jurídico, entendido éste como regulador histórico de relaciones sociales encontramos tres puntos esenciales: a) el sistema normativo entendido en su sentido amplio; b) la profesión jurídica entendida en sus múltiples papeles y c) las facultades de derecho, como institutos formadores de profesionales y científicos.

2. El sistema normativo continental ha entrado en crisis generalizada porque su formulación, aplicabilidad y eficacia no se adecuan a la dinámica que imponen los procesos de desarrollo y cambio sociales vertiginosos que operan en las entrañas de nuestras sociedades dependientes. Su superación implica el cambio de las condiciones materiales de la sociedad y al mismo tiempo la adecuación progresiva de los sistemas jurídicos a esas nuevas realidades.

3. El primer supuesto superador de la crisis del derecho latinoamericano tiene connotaciones extrajurídicas y en las cuales el jurista como tal no tiene competencia. En cuanto al segundo supuesto le corresponde una tarea básica en lo que hemos llamado la "planificación institucional de los cambios". Es decir, la creación permanente de parámetros jurídicos previos hacia los cuales se orienten el cambio social protagonizado por los pueblos.

4. La profesión jurídica debe variar su tendencia esencialmente profesionalizante y privativa y ejercerse en una orientación cualitativamente distinta lo que implica ubicar el objeto de conocimiento y manejo del derecho en dirección a la norma positiva, su eficacia social y la búsqueda del ideal de justicia.

5. Las facultades de derecho deben producir profundos cambios tanto en la concepción del derecho enseñado e investigado como en la metodología que apunten a formar realmente técnicos legales críticos, abiertos y creadores, ante las cambiantes realidades sociales de nuestros países.

6. La investigación jurídica debe proyectarse en sus dos sentidos y ser un auxiliar básico en la renovación permanente de la enseñanza, tanto de los estudiantes como de los maestros.

7. La relación facultad y sociedad debe realizarse permanentemente a través de una extensión formativa dinámica de los estudiantes que dirigidos por docentes de tiempo completo lleven la asesoría y asistencia jurídica oportuna a los centros de marginalización social, lugares donde se incuba

la ilicitud y las conductas antijurídicas. Allí dialécticamente se estará formando un profesional con conciencia social y al mismo tiempo se estará reforzando la vigencia, validez y eficacia del sistema jurídico.

8. Sobre estos tres puntos descritos debe actuarse simultáneamente a fin de producir un cambio tanto en la eficacia de la regulación jurídica como de su aplicación e interpretación, enfatizando eso sí, la preocupación en los centros formadores e internalizadores del derecho pues según como prepare al abogado para su función será determinante en el desempeño de la misma y este desempeño será determinante en la operación de los mecanismos jurídicos

9. Finalmente, un estudioso del derecho que se limite a constatar y describir el derecho vigente sin usar su poder crítico y creador contribuye a la ineficacia del derecho. Un profesional que se limita a las interpretaciones ya establecidas o a las formas rutinarias estará operando el derecho en el mínimo de las posibilidades que esta determinante ciencia tiene.

10. La presencia protagónica del abogado latinoamericano en los procesos de desarrollo y cambio social es imprescindible y necesaria, pese a la tendencia de suplantación que hoy observamos. Sin embargo, alterando su formación tradicional y redefiniendo sus roles puede entrar a jugar el papel que el proceso de cambio exige y la profesión como tal, hoy reclama con vehemencia.

JORGE WITKER V.

Miembro del Instituto de
Investigaciones Jurídicas
de la UNAM