

EL DISCURSO DE LA CRISIS DE LA PROFESIÓN LEGAL EN CHILE: Consideraciones Analíticas*

Marcelo Montero**

I

Introducción

En los últimos 30 años ha habido en Chile un persistente discurso¹ formulado por un grupo de académicos y abogados chilenos, cuya reivindicación esencial es que la profesión legal² está en crisis³. Este discurso, me parece, tiene tres épocas relativamente bien definidas. En primer lugar, se afirma una crisis del derecho y de la profesión legal a fines de la década del 60. Este discurso prolifera hasta el golpe de estado que afectó al país en 1973. Después de ello, vienen años de silencio. El discurso de la crisis resucita, luego, a mediados de los años 80, cuando la dictadura del General Augusto Pinochet enfrentó las

* El presente trabajo se presenta al lector en calidad de borrador.

** El autor es profesor de Teoría Legal y profesor de Derecho Civil en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Chile. Posee un JSM otorgado por Stanford University.

¹ La palabra “discurso” se entiende en este texto como un conjunto de proposiciones lingüísticas. A su turno, se entiende por “proposición lingüística” o simplemente “proposición” a un conjunto de palabras dotadas de significado. No hay pues, desde un punto de vista analítico, connotaciones ideológicas ni emocionales en el uso de la palabra “discurso”.

² La expresión “profesión legal” está usada aquí en sentido amplio, es decir, incluye a los abogados, jueces, profesores de derecho y otros oficios que, de acuerdo a la noción de paradigma usada por Thomas Kuhn –en su célebre texto *The Structure of Scientific Revolutions*– cumplen con las reglas de pertenencia a dicho grupo social.

³ La palabra “crisis” en el lenguaje de las ciencias sociales y, en la literatura en general, posee diversos sentidos. Para una elucidación de esos sentidos, véase el texto de Carlos Peña González, “Hacia una caracterización del Ethos Legal: De nuevo sobre la Cultura Jurídica”, en *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, editado por Agustín Squella, CPU, 1994, p.30 y ss. La palabra “crisis” será usada en este texto, sin embargo, para aludir “a una situación difícil, complicada o anómala, respecto de la cual se ignora el curso futuro que probablemente adoptará”, según propone Agustín Squella en su trabajo “Documento Base del Seminario sobre la Cultura Jurídica Chilena”, en *La Cultura Jurídica Chilena*, editado por Agustín Squella,

primeras protestas serias en su contra. Con el advenimiento de la democracia, el discurso de la crisis es relegado a un segundo plano. Finalmente, otra vez vuelve a hablarse de crisis del derecho y de la profesión legal a partir del año 1994, donde la idea de introducir modificaciones a la educación jurídica y a la formación de jueces es puesta en la discusión pública.

Este discurso de la crisis del derecho, en los tres períodos recién mencionados, tiene rasgos comunes, pero también marcadas diferencias. Estas similitudes y diferencias se dan en los tres niveles en que puede descomponerse analíticamente un discurso, esto es, en el nivel locucionario, el nivel ilocucionario y el nivel perlocucionario del lenguaje de la crisis⁴, según espero demostrar.

Asimismo, el discurso de la crisis del derecho, en cuanto lenguaje objeto de este análisis⁵, debe ser confrontado con la realidad⁶. Y hecha esa confrontación, mi hipótesis es

CPU, 1988, p.24. Destaca Squella, asimismo, que si bien la noción de crisis posee un aspecto de “peligro”, al mismo tiempo, parece significar “oportunidad”. Véase p.25.

⁴ La distinción entre los niveles locucionario, ilocucionario y perlocucionario de un acto de habla, como se sabe, fue hecha por J.L. Austin y es considerada clave en el análisis lingüístico. Véase J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1962. Según Austin, el nivel locucionario de un acto de habla es el acto de “decir algo”. A su turno, el nivel ilocucionario de un acto de habla es lo que se hace “al decir algo”. Finalmente, el nivel perlocucionario de un acto de habla es lo que acontece “porque se dijo algo”. Así, por ejemplo, si el sargento dice al soldado: “¡Tírese al suelo!”, el nivel locucionario es la expresión “¡Tírese al suelo!”. El nivel ilocucionario consiste en dar una orden, pues eso es lo que el sargento hace al emitir esa proposición lingüística. Por último, el nivel perlocucionario es lo que el soldado hace porque se le dio una orden. En el ejemplo, asumiendo que el soldado cumplió lo ordenado por el sargento, tirarse al suelo es el nivel perlocucionario de ese acto de habla.

⁵ La noción de “lenguaje objeto” está estrechamente vinculada a la de “metalenguaje”. Un metalenguaje es aquel lenguaje que tiene por objeto otro lenguaje. Metalenguaje es un lenguaje que refiere o alude a otro lenguaje, según lo explicara Rudolf Carnap en su texto *Sintaxis Lógica del Lenguaje*. Esta distinción –en el ámbito del derecho es muy importante– puesto que lo que los profesionales del derecho frecuentemente hacen es ejecutar un metalenguaje, cuyo lenguaje objeto es el lenguaje de la ley, el lenguaje de los testigos, el lenguaje de los clientes, el lenguaje de los peritos, el lenguaje de los contratos, el lenguaje de la cultura legal, etc. Este trabajo, a su turno, es también un metalenguaje, cuyo lenguaje objeto es el discurso de la crisis del derecho, o sea, es un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el lenguaje en que se han expresado los críticos de la cultura jurídica interna chilena.

que es frecuente hallar saltos lógicos entre creencias y actitudes⁷. Dicho de otra manera, es muy común en este tipo de discurso la confusión entre proposiciones prescriptivas y proposiciones descriptivas, o sea, la confusión entre “lo que debe ser” y lo que “en el hecho es”.

En las páginas que siguen, pues, reviso en lo esencial lo que han sido las tres manifestaciones del discurso de la crisis, quiénes son los que formulan ese discurso, qué es lo que han dicho y por qué lo han dicho, y, por último, cuáles han sido los efectos del discurso en cada etapa⁸. Reviso también la coherencia del discurso y sus conexiones ideológicas. Mi tesis es que, en Chile, el discurso de la crisis se opone a lo que denominaré el “discurso legalista”. Sostengo también que ambos discursos han permanecido en constante tensión en los últimos 30 años, principalmente por razones de orden político⁹, social¹⁰ y religioso¹¹, y que, en consecuencia, el discurso de la crisis ha tenido que luchar

⁶ Algo que no siempre se ha hecho y que, ciertamente, no corresponde hacer acá por razones de tiempo y espacio.

⁷ Una “creencia” es un conjunto de ideas acerca de la realidad, de lo que, en el hecho, es. Una “actitud”, en cambio, es un conjunto de ideas acerca de lo que debería ser la realidad. Entre creencias y actitudes hay una conexión normalmente psicológica –que es la que provoca las confusiones- pero entre creencias y actitudes no existe, como equivocadamente suele pensarse, una conexión lógica. Por ejemplo, yo puedo “creer” que Pedro es una mala persona, pero de allí no se sigue lógicamente que mi “actitud” debería ser no ver a Pedro. En otras palabras, la relación entre creencias y actitudes es otra manera de plantear el polémico y famoso axioma que David Hume explicó en sólo un párrafo en el libro III de su *Tratado sobre la Naturaleza Humana*.

⁸ La literatura disponible lamentablemente no es abundante, por lo que además de los textos revisados, buena parte de mis observaciones se basan en conversaciones personales que he tenido con las personas que han formulado el discurso de la crisis.

⁹ Las diversas manifestaciones del discurso de la crisis han tenido lugar en contextos políticos muy diversos. A fines de los 60 y comienzos de los 70, el país estaba fuertemente influenciado por concepciones políticas de izquierda, en el sentido europeo de la palabra. Luego, a partir de 1973, la dictadura militar propició una ideología como la doctrina de la seguridad nacional, que consideraba al marxismo como una ideología intrínsecamente perversa. Finalmente, cuando Chile recupera la democracia, el ambiente político tiende a moverse entre el centro y la izquierda moderada (o renovada).

¹⁰ Los avatares políticos tuvieron también importantes consecuencias sociales. Entre ellas, tal vez la más significativa es el cambio en el sistema económico. Desde una economía planificada, proteccionista y estatista a comienzos de los 70, se pasa luego a un sistema neoliberal con apertura internacional. Finalmente, con el retorno a la democracia, la economía busca un “crecimiento con equidad”, en lo que se llama a veces economía social de mercado.

siempre en contra de la corriente, pues es un discurso de minorías¹² y sometido a fuertes cálculos de consecuencias¹³.

Mi análisis comienza, con todo, por el discurso oficial, esto es, el discurso legalista. Entender los supuestos de este discurso es esencial –me parece- para comprender luego el discurso de la crisis.

II

El Discurso Legalista

Chile pertenece a la tradición jurídica de Derecho Civil¹⁴, por oposición a la tradición jurídica del *Common Law*, propia de los países anglosajones, como los Estados Unidos y el Reino Unido. En esta tradición –la tradición de Derecho Civil- es donde surgirá el discurso legalista. Ahora bien, contrariamente a lo que suele pensarse¹⁵, el discurso

¹¹ Es imposible dejar de mencionar la extraordinaria influencia que la Iglesia Católica tiene y ha tenido en el sistema legal chileno. Las concepciones más conservadoras del catolicismo se han impuesto en muchas instituciones legales y –de acuerdo con mi experiencia- los políticos en Chile no pueden ignorar sin costos importantes, la opinión de la Iglesia Católica. Sólo a modo de ejemplo, esa Iglesia ha influido en la mantención de un sistema de régimen patrimonial del matrimonio anticuado y arbitrario, como el sistema de sociedad conyugal; ha presionado en la mantención de la prohibición del divorcio y el aborto terapéutico, y ha propiciado la censura cinematográfica. También la Iglesia Católica ejerce su influencia en la educación legal. En Chile existen varias escuelas de derecho en que la instrucción religiosa en los estudios legales es obligatoria. Así ocurre, por ejemplo, con la Pontificia Universidad Católica de Chile, con la Universidad de Los Andes (que pertenece al Opus-Dei) y con la Universidad Finnis Terrae (que pertenece a los Legionarios de Cristo), por mencionar las más influyentes y conservadoras. Estas escuelas de derecho están, en mi opinión, muy comprometidas con un tipo de educación jurídica de carácter legalista.

¹² Como se verá y explicará más adelante, el discurso de la crisis, suele formularse en todas las etapas por las mismas personas.

¹³ El discurso de la crisis –como espero mostrar- ha surgido siempre como un discurso subordinado a ciertos objetivos racionalmente pensados con antelación.

¹⁴ Conocida también como tradición jurídica Romano-Canónica. Véase sobre el tema el excelente libro de John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford University Press, 2nd Edition, 1993.

¹⁵ No es raro encontrar en los textos y en la literatura disponible verdaderas caricaturas acerca del discurso legalista. Esto, en mi opinión, es un error. Al menos por dos razones. En primer lugar, nos guste o no, el discurso legalista ha logrado imponerse en Chile por al menos 150 años; y, en segundo lugar, aun cuando este

legalista no es un discurso ingenuo sostenido por personas torpes que no entienden la manera en que el derecho y, más ampliamente, el sistema legal, realmente funciona. Un breve vistazo histórico debiera permitirnos contextualizar mejor este discurso y su origen.

La tradición jurídica de Derecho Civil cristaliza de un modo sistemático con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789 y, más concretamente, con la dictación del Código Civil Francés en 1804. La burguesía emergente, apoyada en las ideas del iusnaturalismo racionalista y del contractualismo filosófico liberal, promueve la creencia de que el individuo puede moldear la sociedad conforme a los dictámenes de la pura razón y, consecuentemente, se divulga la creencia en el progreso ilimitado de la condición humana. La teoría política sostenía que ese progreso, en los inicios de la formación del Estado Moderno, podía ser implementado mediante la creación de leyes¹⁶. El constitucionalismo y la codificación tuvieron, entonces, lugar.

Juristas destacados se volcaron así en Francia al diseño y redacción de cuerpos normativos sistemáticos que fueran omnicomprensivos, coherentes, operativos, claros y

discurso esté equivocado y algo disociado de la realidad –como creo que lo está- tiene una sólida base intelectual de la que hay que hacerse cargo para derrotarlo. Los principales ataques a los fundamentos del legalismo han provenido desde la filosofía jurídica (vgr. Kelsen, Ross, Hart y Dworkin) y desde la sociología jurídica (vgr. Friedman, Pérez-Perdomo y todo el movimiento de Law & Society).

¹⁶ Varias ideas soportan esta afirmación. Menciono nada más tres que me parecen particularmente importantes. En primer lugar, la soberanía se había trasladado desde la figura del monarca al pueblo o nación. En segundo lugar, la sociedad era concebida por los intelectuales como un artificio, como el resultado de un pacto social libremente consentido por todos los individuos. Y, en tercer lugar, la amplia aceptación del principio de la separación de poderes fomentado por Montesquieu. Estas tres ideas, confabuladas entre sí, proclamaban que la legitimidad de la decisión política radicaba en la voluntad colectiva de la sociedad manifestada por sus representantes. La Asamblea Legislativa vino, de esta forma, a reclamar para sí el monopolio de la producción jurídica. Esto produjo la estructuración gradual de legislaciones nacionales (estatismo), en reemplazo de la unidad jurídica impuesta por derecho común durante la Edad Media feudal. Sobre la idea de democracia representativa y sus connotaciones en la época, véase el libro de Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*, trad. José Fernández Santillán, FCE, 1994 (original en Italiano de 1985), p. 209 y ss, bajo el epígrafe “La Democracia de los Modernos”.

justos¹⁷. El proceso codificador, de hecho, se autoconcebía como el instrumento preciso para materializar los programas burgueses y garantizar la seguridad de los ciudadanos¹⁸. La percepción dominante era que “derecho”, “ley” y “justicia” eran lo mismo¹⁹. El progreso, esto es, la coincidencia entre el orden institucional y los valores deseados, se creía así haber alcanzado.

Como se ve, en el desenvolvimiento de todo este ideario, se adjudica a la ley el predominio absoluto por sobre todas las demás fuentes del derecho²⁰. Nace así el “legalismo”, o sea, aquella actitud cultural que identifica –como se ha dicho- al derecho con la ley y que entiende además que el derecho se agota en la ley.

Son estas ideas las que durante el Siglo XIX llegan también a Chile e influyen en el proceso de fijación del derecho nacional²¹. Las fuentes del Código Civil chileno son además del derecho romano clásico y la legislación española, el Código Francés. Andrés Bello, redactor del código, en muchas disposiciones tuvo en cuenta a los tratadistas franceses, en especial la obra de Pothier. Adicionalmente, siempre en la idea de cautelar el predominio de la ley por sobre otras fuentes del derecho, Bello restringió el valor de la

Véase también el libro de Anthony Arblaster, *Democracia*, trad. Adriana Sandoval, Alianza, 1992 (Original en inglés de 1987).

¹⁷ Véase Jorge Correa Sutil, “La Cultura Jurídica Chilena en relación a la Función Judicial”, en *La Cultura Jurídica Chilena*, editado por Agustín Squella, CPU, 1988.

¹⁸ Véase sobre el tema Domingo Labarca Prieto, “Savigny, Thibaut y la Codificación”, en *Revista de Ciencias Sociales N°14*, EDEVAL, 1979, p.591 y ss.

¹⁹ Véase Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jerdón, editorial Aguilar, 1957, p. 292 y ss.

²⁰ La llamada Escuela de la Exégesis, por ejemplo, propiciaría la idea de que los jueces no eran más que funcionarios cuya labor se limitaba a aplicar estrictamente a los casos que se les sometían, las soluciones legales ya previstas en la ley. Y que para el caso eventual e hipotético de que en ciertas ocasiones el juez pudiera tener dudas acerca de esa solución, debía siempre orientarse por la intención original del legislador.

²¹ Véase, Alejandro Guzmán Brito, *La Fijación del Derecho*, EDEVAL, 1977.

costumbre²², y las normas que estableció para la interpretación judicial de la ley –tomadas del Código de la Louisiana- tienen la clara intención de someter la voluntad del juez, a la voluntad originaria del legislador²³.

En este contexto empezaron a funcionar también las primeras escuelas de derecho²⁴, en la Universidad de Chile²⁵, primero, y, posteriormente, en la Pontificia Universidad Católica de Chile²⁶. Estas escuelas se enfocaron en la formación de un profesional culto, informado, experto en el manejo de los nuevos códigos y leyes. Los profesores de derecho enseñaban derecho romano, historia del derecho y la nueva legislación nacional²⁷. Se esperaba que el abogado fuera capaz de prestar servicios legales generales y en forma individual, ejerciendo un fuerte control ético sobre sus clientes²⁸. La profesión de abogado tenía entonces un gran prestigio social, desde que sus miembros pertenecían mayoritariamente a los estratos altos de la sociedad y, también, debido a las vinculaciones de los abogados con el poder político²⁹.

²² La costumbre únicamente tiene valor en materia civil, cuando la ley se remite expresamente a ella, según el artículo 2 del Código Civil.

²³ Dice el artículo 19 del Código Civil de Chile: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Las reglas de interpretación judicial de la ley han sido objeto de importantes polémicas en Chile, pero el discurso legalista oficial, ha siempre hecho prevalecer la idea original de Bello.

²⁴ En Chile se enseñó derecho con anterioridad al siglo XIX. En efecto, la Universidad de San Felipe, creada 1758 y absorbida en 1813 por el Instituto Nacional, enseñaba básicamente derecho romano y derecho canónico. Sin embargo, fueron, por razones obvias, las escuelas de derecho creadas durante el siglo XIX, en un Chile independiente, las impulsoras del discurso legalista.

²⁵ La Escuela de Derecho de la Universidad de Chile se fundó en 1843.

²⁶ La Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile se fundó en 1889.

²⁷ Véase Iñigo de la Maza, tesis presentada al Stanford Program in International Legal studies, titulada: *Chilean Lawyers: From the State to the Market*, 2001.

²⁸ Véase Carlos Pena González, ob. cit., p.91

²⁹ Véase Sol Serrano, *Universidad y Nación: Chile en el Siglo XIX*, Editorial Universitaria, 1994.

A comienzos del siglo XX, los textos de los autores franceses que habían comentado el código de Napoleón o que desarrollaban alambicadas teorías de dogmática jurídica, empezaron paulatinamente a llegar a Chile y a servir de base para la enseñanza del derecho. De esta forma el legalismo francés se transplantaba a la educación legal chilena³⁰. Luis Claro Solar, uno de los abogados y juristas más prominentes del país, publicó un texto fundamental, de varios volúmenes, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, que fue por mucho tiempo el texto básico para los estudios de derecho. Ese texto explica los artículos del código civil, usando una metodología exegética y, a veces, con comentarios que provenían de los textos franceses. Esta forma de escribir se tradujo también en una forma de enseñar. El profesor de derecho enseñaba leyes, artículo por artículo. Los estudiantes debían retener de memoria los preceptos legales así como las explicaciones de clases y repetirlas posteriormente en exámenes públicos y orales ante una comisión de profesores.

Arturo Alessandri Rodríguez, a su turno, en la primera mitad del siglo XX, se familiarizó con buena parte de las obras francesas, parafraseándolas luego en español y por esa vía, sus libros, más los de Claro Solar y una serie de otros profesores que siguieron la misma senda, contribuyeron a la creación de una cultura en que el conocer en detalle la legislación era signo de prestigio y reputación tanto académica como profesional. Lo que se predica aquí del derecho civil, se predica también de otras disciplinas, como derecho

³⁰ En 1902, Valentín Letelier intentó una reforma a la metodología de la enseñanza del derecho en la Universidad de Chile, pero fracasó en el intento. Su mayor logro, fue la introducción de algunas asignaturas de contenido social, como derecho del trabajo, medicina legal y la incorporación del primer seminario de investigación. Esto último, ciertamente, lo más notable en mi opinión. Véase sobre el tema, Iñigo de la Maza, ob.cit.

procesal³¹, derecho constitucional³² y derecho penal³³, por nombrar las que se consideran más prestigiosas.

Bajo esta forma de educar a los futuros abogados y jueces, no puede ser difícil entonces entender por qué el legalismo ha sido el discurso oficial y mayoritario de la profesión legal por 150 años en Chile. Generaciones de abogados han sido educadas con los mismos libros –debidamente actualizados para estar conformes a las modificaciones de la legislación- y muchas veces con los mismos profesores³⁴.

El discurso legalista tiene tanta fuerza e influencia que, incluso hoy, habiendo 42 escuelas de derecho en Chile, sólo en tres de ellas, como veremos al analizar el discurso de la crisis, se han hecho esfuerzos serios para implementar nuevas formas de enseñar y formar abogados. En Chile es normal que un estudiante de derecho al ser preguntado por la carrera en que estudia, responda: “Leyes, estudio leyes”³⁵.

³¹ El derecho procesal tuvo una fuerte influencia de los autores italianos, como Carnelutti y Calamandrei. Pero la memorización de los procedimientos, hasta sus más ínfimos detalles, siguió siempre siendo la pauta de la educación legal.

³² En esta rama del derecho, la obra de Alejandro Silva Bascuñán, por ejemplo, sobre la exégesis de la Constitución de 1925, en tres volúmenes, fue considerada la obra maestra del derecho constitucional chileno hasta el golpe de estado de 1973. Si uno revisa esa obra, advertirá que, por ejemplo, en material de derechos fundamentales, no hay mayor valor agregado. El texto se limita a la exposición sistemática de los preceptos.

³³ En derecho penal, las obras clásicas fueron las escritas por Eduardo Novoa Monreal, Alfredo Etcheberry, y Enrique Cury. Y si bien, este último, a diferencia de los primeros, elaboró una parte general del derecho penal más sofisticada, fundada en la teoría penal alemana, la memorización de los diferentes tipos penales establecidos en el código penal, fue siempre lo más valorado en la evaluación final.

³⁴ En mi caso, por ejemplo, tanto mi padre como mi madre son abogados. Ambos estudiaron en la década de los 60 en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Cuando ingresé a estudiar derecho a la Universidad Diego Portales el año 1986, más del 70% de los profesores coincidían con los de mis padres o con los que enseñaban en esa época. Usé, muchas veces, los libros de mis padres para estudiar lo mismo que les enseñaron a ellos 20 años antes.

³⁵ Una de las cosas que, sin embargo, permanece a menudo como un problema pendiente en las continuas discusiones acerca de la forma en que las escuelas de derecho deberían impartir educación legal, es el objetivo final de esa enseñanza ¿Se están formando abogados o se están formando licenciados en ciencias jurídicas y sociales? La pregunta no es menor. Las escuelas de derecho no otorgan el título de abogado en Chile, pues ello es prerrogativa de la Corte Suprema. Las escuelas de derecho otorgan en consecuencia un grado

III

El Discurso de la Crisis

El discurso de la crisis –he sostenido– nace por oposición al discurso legalista. Si esto es cierto, no cabe duda que el concepto de derecho que subyace a cada uno de estos discursos opuestos es clave. Mucho se ha discutido acerca del concepto de derecho y no es mi intención traer aquí una vez más esa discusión. Sin embargo, en Chile ese debate se ha comúnmente menospreciado en la academia, adjudicándose a unos pocos filósofos que extrañamente estarían preocupados por discutir acerca de este tema. El derecho –se dice– cualquiera sea lo que eso pueda significar, puede seguir funcionando perfectamente sin necesidad de contar con una definición.

Esta última afirmación, opino, es falsa. Daré solamente dos ejemplos para ilustrar por qué el problema del concepto de derecho tiene consecuencias prácticas, es decir, puede afectar al fenómeno mentado por la palabra (e incluso modificarlo), cualquiera sea ese referente empírico. En primer lugar, saber que es derecho y que no es derecho es importante porque los abogados asesoran a sus clientes diciéndoles lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer en una sociedad determinada conforme al “derecho”. Los abogados señalan a sus clientes sus derechos y deberes de acuerdo con el “derecho”. Los jueces, a su turno, deben fallar con arreglo a “derecho”, por lo que saber qué es derecho y qué no es derecho es de suma importancia. De la definición que se adopte pueden derivarse

académico. Luego, enseñar únicamente el contenido normativo de las leyes pareciera ser un objetivo muy modesto para una universidad. El tema sigue hoy abierto a la discusión.

o no consecuencias para la vida, la libertad y el patrimonio de las personas³⁶. En segundo lugar, y más estrechamente relacionado con el tema de este trabajo, saber lo qué es “derecho” permite identificar con claridad el objeto de los discursos sobre el derecho. Así, cuando se dice que el derecho está en crisis ¿qué es lo que en verdad está en crisis? Si no se dispone de una noción previa de lo que el derecho pueda ser, ese discurso carece de referente empírico y por lo mismo, pierde sentido.

El discurso legalista asume explícitamente un concepto de derecho. El derecho es – en este discurso- el derecho positivo. Es decir, el conjunto de reglas o normas creadas por la autoridad competente y cuyo cumplimiento esta respaldado por la posibilidad de hacer uso de la fuerza física socialmente organizada, independientemente de cual sea el contenido prescriptivo de esas reglas³⁷. El derecho es la ley, entendida en sentido amplio³⁸. De ese concepto, el discurso legalista deriva una serie de consecuencias: sólo debe enseñarse el contenido de las leyes; el juez sólo debe decidir los casos en conformidad a lo señalado por la ley; los abogados deben construir argumentos sobre la base de lo dispuesto en la ley; y, en ciertas versiones mas extremas, la ley debe ser siempre obedecida³⁹.

A su turno, aunque menos claramente, el discurso de la crisis posee también un concepto de derecho. Ese concepto de derecho se opone al concepto de derecho del

³⁶ Los juicios a los jefes Nazi al término de la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, son un caso paradigmático –y, por lo mismo, algo extremo- de lo expuesto. La definición de “derecho” fue un factor esencial en el modo de tratar a los acusados, como lo prueban los registros de los tribunales de Nüremberg.

³⁷ En el mismo sentido, véase, por ejemplo, Enrique Barros, “Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica. Reflexiones sobre el positivismo y legalismo chilenos”, en *La Cultura Jurídica Chilena*, editado por Agustín Squella, CPU, 1988.

³⁸ Es decir, abarcando desde la constitución política y los tratados internacionales hasta los decretos y regulaciones administrativas más específicas.

discurso legalista. Por consiguiente, el punto de partida de la confrontación entre ambos discursos es justamente el concepto de derecho. Se trata de una lucha por imponer una forma de aproximarse al fenómeno jurídico por sobre otra. ¿Cuál es, entonces, el concepto de derecho que subyace al discurso de la crisis?⁴⁰

Si uno lee la literatura disponible, parece ser que la noción de “sistema legal” prevalece por sobre la noción de “derecho” en el discurso de la crisis. De modo que la crisis del derecho es una crisis del sistema legal. La pregunta entonces, ahora, varía de objeto: ¿Qué se entiende por “sistema legal” en el discurso de la crisis? Los textos parecen apuntar a un solo autor: el norteamericano Lawrence M. Friedman⁴¹.

Friedman sostiene que hay diversas formas de aproximarse al fenómeno jurídico. Una de esas formas, es entender que aquello que denominamos derecho es un conjunto de *reglas* escritas o consuetudinarias que asignan derechos y deberes a las personas. También, dice, el derecho puede ser visto como una serie de *estructuras* que crean o aplican derecho. Pero esta perspectiva, según Friedman, pasa por alto el hecho de que las normas y las estructuras son de una manera en el papel (“law in the books”) y, a veces, de otra, en la realidad (“law in action”). En otras palabras, desde que no cabe duda que el derecho es un producto social, es claro asimismo que el derecho de los libros y el derecho de la realidad

³⁹ Este es el caso, como se sabe, del llamado “positivismo ideológico”, entre cuyas premisas se halla el deber moral de obedecer el derecho positivo.

⁴⁰ El profesor Rogelio Pérez-Perdomo me ha señalado que más importante que indicar que ambos discursos (el legalista y el de la crisis) manejan diferentes conceptos de lo que *es* el derecho, sería la cuestión de por qué se manejan esos diversos conceptos en la cultura jurídica chilena. Este comentario es ciertamente pertinente, pero no me parece a mí que indagar allí cambie las conclusiones de este trabajo (aunque sí mejoraría la comprensión del fenómeno analizado).

⁴¹ Friedman desarrolla su concepto de “sistema legal” en diversas publicaciones. Sigo aquí la formulación que este autor hace en su libro *The Legal System. A Social Science Perspective*. Russell Sage Foundation, 1975.

pueden no coincidir. Por lo tanto, las reglas y estructuras son insuficientes para decirnos como realmente funciona el derecho. Conocer las reglas y las estructuras no nos dice nada acerca de por qué esas reglas fueron formuladas ni tampoco nos informa acerca de los efectos que tales reglas tienen en las personas cuyo comportamiento se quiere regular. Friedman sostiene, pues, que hay que ampliar la noción de derecho a una más extensa: la de sistema legal.

El sistema legal se compone, según este autor, de tres elementos. En primer término, hay ciertas fuerzas sociales que, de alguna manera, hacen presión e influyen en la creación de reglas. Son los insumos de las reglas⁴². En segundo término, están las reglas y estructuras en sí mismas, que son el producto de tales insumos⁴³. Y, finalmente, en tercer término, está el impacto en la conducta de la gente causado por las reglas y estructuras⁴⁴. Friedman sostiene que el primer y el tercer elemento son esenciales para el estudio social del derecho. El permanente reclamo de este autor ha sido que tales elementos suelen ser ignorados tanto en la academia como en el ejercicio profesional.

Este concepto de sistema legal es el punto de partida del movimiento liderado por Friedman y que ha sido conocido como Law & Society. El movimiento es, en parte, un intento por llenar la brecha indicada precedentemente en la comprensión del fenómeno jurídico. De acuerdo con este modo de mirar el derecho, el impacto de las reglas en el

⁴² En otra literatura estos fenómenos suelen denominarse *fuentes materiales del derecho*. Véase Agustín Squella, ob.cit., entre otros.

⁴³ Esto se denomina, a veces, *fuentes formales del derecho*. Véase Agustín Squella, ob.cit., entre otros.

⁴⁴ También se usan para aludir a estos hechos los términos *eficacia* (cuando el sujeto imperado por la norma cumple con lo que ella prescribe) o *ineficacia* (cuando hay desobediencia a la norma); o *efectividad* o *inefectividad* (según si la norma cumple o no el objetivo para el cual fue diseñada). Así, por ejemplo, en la obra de Norberto Bobbio.

comportamiento humano está relacionado no sólo con las sanciones que eventualmente pueden aplicarse a los sujetos que violan lo prescrito por la norma jurídica, sino que también con la presión social que ejerce el grupo o comunidad y por los valores dominantes y las concepciones de legitimidad vigentes en un momento determinado. A su turno, las personas no sólo reaccionan a las reglas, sino que también interactúan entre ellas de conformidad a ciertas actitudes, valores y creencias que –unidas en grupos de intereses– influyen en la obediencia al derecho o, incluso, en su modificación⁴⁵.

Las exigencias que las personas hacen al sistema legal, cuando son exitosas, determinan la oportunidad en que nuevas reglas son introducidas al sistema y determinan asimismo su contenido. Y estas exigencias al sistema suelen fundarse en ideologías o, en lo que Friedman llama, cultura. La cultura legal puede ser externa o interna. La cultura jurídica externa es el conjunto de valores y actitudes que tiene la población de una sociedad determinada respecto del sistema legal. La cultura legal interna, en cambio, es el conjunto de valores y actitudes que los profesionales del derecho poseen respecto del sistema legal. En suma, Friedman señala que todo sistema legal es un entramado de interacciones e influencias recíprocas entre elementos estructurales, elementos sustantivos (reglas) y cultura legal (externa e interna).

Ahora bien, era necesario, aunque someramente, describir el concepto de sistema legal defendido por Friedman, pues según veremos enseguida, ese concepto es usado en Chile normalmente por el discurso de la crisis como el referente empírico de su discurso. La crisis del derecho –insisto– es así una crisis más amplia, una crisis del sistema legal, de

⁴⁵ El sistema legal es así un engranaje dinámico en constante retroalimentación.

sus tres componentes o de alguno de ellos en particular. Veamos algunos ejemplos que ilustran cómo el discurso de la crisis utiliza explícita o implícitamente la noción de sistema legal propuesta por Friedman.

En el discurso de la crisis de fines de los 60, encontramos afirmaciones como las siguientes:

“La crisis del **sistema legal** chileno, hasta hace poco materia de discusión en pequeños círculos de iniciados, ha pasado ahora a jugar un papel importante en el debate político y el foro público”. “...para nosotros el Derecho es parte de la **cultura de una sociedad**, un tipo especial de norma cuyo **surgimiento** está conectado al esfuerzo consciente y deliberado de **grupos sociales** para lograr determinados objetivos, especialmente aunque no de manera exclusiva, de carácter económico; cuya coercibilidad y mantención se apoya también en la acción de grupos sociales; cuyo éxito como regulador de la conducta depende de que la **estructura social** permita llevar a cabo las transacciones en él sancionadas”.⁴⁶

Como es sencillo observar, las nociones de sistema legal, cultura, y demandas al sistema –propias del lenguaje de Friedman- son patentes en esta cita.

“A menudo se escucha a los más famosos abogados chilenos decir que existe ‘una crisis del derecho’. Lo que esto significa es que la ley y las **instituciones legales**, el **sistema** que regula prácticamente todas las facetas de la conducta humana, ha perdido contacto con las necesidades y los deseos de la sociedad que regula. El **sistema legal** ha llegado a ser incapaz de tratar los problemas económicos y sociales que la sociedad debe enfrentar”.⁴⁷

⁴⁶ Raúl Urzúa, “La Profesión de Abogado y el Desarrollo: Antecedentes para un Estudio”, en *Derecho y Sociedad*, editado por Gonzalo Figueroa, CPU, sin fecha, p. 167 y 168. Originalmente, el texto apareció en el *Boletín* del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas N° 9, Nov., 1971. Las palabras destacadas en negrita son mías.

⁴⁷ Steven Lowenstein, “El Abogado y el Desarrollo”, en *Derecho y Sociedad*, editado por Gonzalo Figueroa, CPU, si fecha, p. 145. Originalmente, el texto apareció en el *Boletín* del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas N° 7, Julio, 1971. Las palabras destacadas en negrita son mías.

Esta cita ilustra la divergencia que puede darse entre el derecho en los libros y el derecho que la sociedad necesita, enfatizando allí uno de los orígenes de la crisis del sistema.

En el discurso de la crisis de mediados de los 80, encontramos afirmaciones más explícitas, como las siguientes:

“...aunque hay que establecer ahora que entendemos por **‘sistema legal’**, para lo cual podemos recurrir al modo en que **Lawrence Friedman** emplea esta expresión en su trabajo ‘Cultura legal y desarrollo social’. Friedman entiende que el sistema legal esta constituido por tres tipos de elementos –estructurales, culturales y sustantivos- que son precisamente los que tenemos que tener en cuenta para analizar la hipótesis que hemos planteado anteriormente. Respecto del **elemento estructural**, ¿qué somos los abogados dentro de la **estructura del sistema legal**?...”⁴⁸

“Pero si el derecho es un objeto cultural, hay también una **‘cultura jurídica’**, una cultura del derecho, que se entiende formar parte de lo que suele denominarse el **‘sistema legal’**”...”En un sentido más amplio, la expresión **‘sistema legal’** –al modo como la emplea **Lawrence Friedman** en su conocido trabajo Cultura legal y desarrollo social- designa un todo constituido por elementos jurídicos de tres tipos, a saber, estructurales, culturales y sustantivos”.⁴⁹

Finalmente, en el discurso de la crisis de mediados de los 90, encontramos la siguiente confesión:

“Reconozco la gran influencia de Lawrence Friedman en mi elección de estas nociones”.⁵⁰

Así pues, parece claro que cuando el discurso de la crisis se enfrenta al discurso legalista, la crisis de que habla el primer lenguaje es más amplia que lo referido por el segundo lenguaje, desde que el concepto de sistema legal, incluye al concepto de derecho

⁴⁸ Francisco Cumplido, “La Función del Abogado”, en *La Cultura Jurídica Chilena*, editado por Agustín Squella, CPU, 1988, p.96. Las palabras destacadas en negrita son mías.

⁴⁹ Agustín Squella, ob.cit., p. 29. Las palabras destacadas en negrita son mías.

⁵⁰ Edmundo Fuenzalida, *Derecho y Cultura Juridica en Chile (1974-1999)*, borrador no publicado. Versión revisada al 6 de Marzo de 2001.

usado por el discurso legalista (reglas) y a la cultura jurídica que subyace a este último discurso.

Esclarecido lo anterior, me interesa ahora centrarme en algunos aspectos específicos del discurso de la crisis. En primer lugar, en los tres períodos que he distinguido con anterioridad, resulta muy interesante constatar que el discurso de la crisis ha sido formulado siempre por las mismas personas o grupo de personas. En efecto, si uno revisa la literatura de cada período, advertirá cómo los nombres de los profesores y abogados que escriben se repiten en el tiempo: Antonio Bascañán⁵¹, Francisco Cumplido⁵², Andrés Cúneo⁵³, Gonzalo Figueroa⁵⁴, Edmundo Fuenzalida⁵⁵, Agustín Squella⁵⁶, Jorge Correa Sutil⁵⁷, y Carlos Peña⁵⁸, para nombrar sólo a los más persistentes críticos de nuestro sistema legal. ¿Qué tienen en común todas estas personas que durante años insisten en una permanente crisis del sistema legal de Chile y de la profesión legal en particular?

Ciertamente, sería injusto y poco serio, adscribir a todas estas personas en un solo grupo o movimiento, como si fueran un partido político con un conjunto sistemático de principios que todos ellos comparten. Una afirmación como esa sería, además, falsa, desde que algunos de los nombrados tienen fuertes discrepancias intelectuales. Lo que vincula a todas estas personas, creo yo, es el constituir una genuina comunidad académica. Entre

⁵¹ Su nombre aparece en los tres períodos distinguidos.

⁵² Su nombre aparece en el discurso de la crisis de fines de los 60 y a mediados de los 80.

⁵³ Su nombre aparece en los tres períodos distinguidos.

⁵⁴ Su nombre aparece en los tres períodos distinguidos.

⁵⁵ Su nombre aparece en los tres períodos distinguidos.

⁵⁶ Su nombre aparece en los tres períodos distinguidos.

⁵⁷ Su nombre aparece en el discurso de la crisis de mediados de los 80 y en el de mediados de los 90.

⁵⁸ Su nombre aparece en el discurso de la crisis de mediados de los 80 y en el de mediados de los 90.

ellos existe y ha existido un diálogo académico serio –sostenido en el tiempo- y en un ambiente de mutuo respeto y cooperación. Adicionalmente, tal vez con la sola excepción de Antonio Bascuñán, el resto de las personas mencionadas tienen una posición política ligada a la izquierda o al centro y, por lo mismo, no es rara la simpatía que varios de ellos sienten y sentían por el gobierno socialista de Salvador Allende a comienzos de la década del 70⁵⁹. Al mismo tiempo, no es extraño tampoco –por la misma razón- que todas estas personas hayan estado fuertemente comprometidas en la lucha pacífica contra la dictadura de Augusto Pinochet y, posteriormente, con el restablecimiento de la democracia⁶⁰.

Ahora bien, aun cuando han sido siempre los mismos los que han formulado el discurso de la crisis, lo dicho por ese discurso en cada uno de los diferentes períodos distinguidos no ha sido siempre lo mismo. Como anuncié en la introducción de este texto, el nivel locucionario del discurso ha sido diferente. Así, a fines de los 60 y comienzos de los 70, el discurso de la crisis se dirigía vehementemente a la promoción de nuevos roles para la profesión de abogado⁶¹. El abogado era concebido en este discurso como un arquitecto social, como el profesional mejor preparado para implementar las reformas que el sistema legal y social requería a objeto de alcanzar el desarrollo. En suma, el abogado era

⁵⁹ Andrés Cúneo podría considerarse también una excepción, pues Cúneo se oponía claramente al gobierno de Allende y los otros partícipes del movimiento –según me ha contado Rogelio Pérez-Perdomo- se referían a Cúneo, como el “momio”, calificativo reservado para la derecha conservadora chilena. Sin embargo, Cúneo evolucionaría con posterioridad hacia una posición más de centro.

⁶⁰ Así, por ejemplo, Francisco Cumplido fue un asiduo defensor de los derechos humanos durante el gobierno militar. Posteriormente, fue Ministro de Justicia en el gobierno del Presidente Patricio Aylwin. Jorge Correa fue el primer decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Durante el gobierno de Patricio Aylwin fue Secretario de la Comisión de Verdad y Reconciliación y, actualmente, en la administración del Presidente Ricardo Lagos es Subsecretario del Interior. Andrés Cúneo fue Superintendente de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando Chile recobró la democracia. Gonzalo Figueroa fue Embajador de Chile en Francia durante la administración del Presidente Aylwin. Carlos Peña es el actual decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales y es asesor del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Relaciones Exteriores de la administración del Presidente Lagos.

⁶¹ Véase Raúl Urzúa, ob. cit., p. 175 y ss; y Steven Lowenstein, ob. cit., p. 153 y ss.

la persona adecuada para funcionar como motor del cambio social. Urzúa, por ejemplo, decía al respecto:

”El papel central que desde hace años ha empezado a jugar el Estado en nuestro país, y que cada vez mas jugará en el futuro, ha empezado a poner de relieve otro aspecto, aún no claramente definido de la profesión. Nos referimos a su participación en el proceso de planificación. Los otros componentes de su rol o papel le han dado un conocimiento del sistema legal que ciertamente no comparten otros profesionales. Este conocimiento hace que los planificadores deban recurrir a él tanto para determinar cuáles son los mecanismos legales actualmente disponibles como para diseñar los contratos, leyes y reglamentos más adecuados para implementar los cambios deseados”... “El punto central de nuestra argumentación es que los distintos aspectos que constituyen el papel del abogado hacen que éste sea, en la práctica, uno de los agentes mas eficaces de implementación del Derecho”⁶²

La noción del abogado como promotor del desarrollo suponía, como es lógico, la modificación de la manera en que el discurso legalista había diseñado la educación legal en Chile. Por lo mismo, el discurso de la crisis en esos años propugnaba una reforma radical de los estudios de derecho, mencionando la necesidad de incorporar en ellos asignaturas relacionadas a las ciencias sociales. Esta propuesta, sin embargo, debido a la inestabilidad política que el país comenzó paulatinamente a experimentar durante el gobierno de Salvador Allende, fue mal recibida. Esto no ocurrió tanto por consideraciones académicas, sino más bien por consideraciones ideológicas. La sociología, por ejemplo, tal vez una de las disciplinas intelectualmente más duras y potentes, era normalmente cultivada en el país por personas estrechamente ligadas a la izquierda marxista. Esto explica, en parte, cómo a partir del golpe de estado y a resultas de la brutal persecución política que le siguió, el discurso de la crisis desapareció completamente. Sin embargo, las semillas de una nueva forma de mirar el derecho, al menos, habían sido sembradas.

⁶² Raúl Urzúa, ob.cit. p. 176 y 177. Nótese, como se dijo en la introducción de este trabajo, como el párrafo citado mezcla impunemente proposiciones descriptivas con proposiciones prescriptivas, produciendo de esta forma una argumentación persuasiva, pero escondiendo un salto lógico. La mezcla entre descripción y profecía pretende pasar de manera desapercibida.

A mediados de la década de los 80 –y como consecuencia de las primeras protestas en contra del régimen autoritario de Pinochet- surge nuevamente un discurso de la crisis del sistema legal. Esta vez, sin embargo, lo dicho, esto es, el nivel locucionario del discurso, se dirigió más bien a la cultura jurídica chilena y, muy particularmente, a cómo esa cultura había afectado las decisiones del poder judicial a la hora de responder a las demandas de protección por violaciones a los derechos humanos. Los jueces, ante la crítica, solían defenderse diciendo que ellos no hacían otra cosa que aplicar la legislación vigente y que no les correspondía crear derecho. Como se ve, la defensa de los jueces ante el reproche moral del discurso de la crisis, era justamente el discurso legalista en su versión más extrema. Los abogados también fueron criticados por su pasividad ante las horrendas acciones de la dictadura. Esta vez, a diferencia de lo que aconteció a fines de los años 60, el discurso de la crisis carecía de conexiones ideológicas y adoptó una aproximación más académica. Frecuentemente, la manera de dialogar con los jueces y abogados legalistas era el discurso filosófico. Autores como Kelsen, Hart o Dworkin eran usualmente citados para demostrar que había una diferencia significativa entre lo que los abogados y jueces decían que hacen y lo que, en el hecho realmente hacían, lo reconocieran o no. El esfuerzo estaba intencionalmente dirigido a probar que los jueces crean derecho y que no sólo aplican derecho. La aproximación desde el mundo de la filosofía fue, en mi opinión y mirando en retrospectiva, una buena estrategia, pues alejaba los temores que despertaba el mundo de la política durante la dictadura, y obligaba al discurso legalista a hacerse cargo de los argumentos.

El discurso de la crisis fue muy importante en esos años, porque fue el comienzo de una apertura al debate en un régimen autoritario. Este debate tuvo lugar básicamente en dos lugares: la Corporación de Promoción Universitaria y la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales⁶³. Desde allí surgirían con posterioridad importantes proyectos de reforma a la judicatura.

Finalmente, el discurso de la crisis a mediados de los 80, sostenía que los abogados estaban más preocupados de defender los intereses de sus clientes que los del sistema jurídico en su conjunto⁶⁴. Con ello, se afirmaba, la imagen de los abogados se había deteriorado⁶⁵, pues los valores fundamentales que inspiran a las democracias modernas y que, a esas alturas al menos estaban reconocidos en la Constitución Política aprobada en 1980, no estaban siendo defendidos seriamente por los abogados. Con el retorno del país a la democracia, el discurso de la crisis perdió importancia pública. Sin embargo, desde que muchos de sus miembros pasaron a tomar cargos importantes en el nuevo gobierno, los esfuerzos por lograr reformas importantes ligadas al sector justicia⁶⁶, la formación de jueces⁶⁷ y la igualdad de los derechos de las personas fue paulatinamente propiciándose.

A mediados de los años 90, nuevamente surge un discurso de la crisis. Esta vez, en su nivel locucionario, el discurso se centro fuertemente en las deficiencias del sistema de

⁶³ Véase Edmundo Fuenzalida, ob. cit.

⁶⁴ Véase Agustín Squella, ob. cit.

⁶⁵ Véase Francisco Cumplido, ob. cit.

⁶⁶ Diversas reformas orgánicas y procesales tuvieron lugar tan pronto Chile retornó a la democracia. Las reformas al sistema judicial fueron de alta prioridad durante el gobierno de Patricio Aylwin y, de hecho, un conjunto de esas reformas fueron conocidas como “leyes Cumplido”, en referencia al apellido del Ministro de Justicia, Francisco Cumplido.

⁶⁷ La Academia Judicial de Chile se creó en 1994.

enseñanza del derecho en el país y en la ausencia de una comunidad académica profesional⁶⁸.

La Pontificia Universidad Católica de Chile fue la primera en intentar una reforma curricular. Sin embargo, desde que esa reforma no implicaba grandes cambios metodológicos fue percibida rápidamente como un mero “maquillaje” sin orientaciones claras⁶⁹. La Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales tomaron entonces la iniciativa de introducir reformas curriculares importantes, que abarcaran tanto cuestiones de fondo (contenidos) como de forma (metodología). El esfuerzo en ambas universidades es, sin duda, encomiable, pero ha encontrado severos obstáculos para su implementación.

En efecto, es difícil introducir reformas si no se cuenta con profesores capacitados para llevarlas a cabo. La mayoría de los profesores han sido formados bajo el amparo del discurso legalista. Por lo mismo, pedir, por ejemplo, a un profesor que ha enseñado durante 30 años de una forma determinada que empiece a enseñar ahora de otra manera distinta, es una cuestión que, a fin de cuentas, atenta contra la identidad de ese profesor⁷⁰. Un profesor que se siente orgulloso de conocer el código civil de memoria, pierde su mayor activo, cuando se le dice que los estudiantes podrán consultar los códigos en el examen sin

⁶⁸ Véase Carlos Peña González, ob.cit. p. 29.

⁶⁹ No ha habido, sin embargo, ningún estudio crítico sobre esta reforma y ninguna evaluación pública conocida.

⁷⁰ En mi calidad de Director del Departamento de Derecho Civil de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, éste fue uno de los principales escollos que tuve que encarar para la implementación de la reforma durante el año 2000. La idea era unificar bajo un solo rótulo a los profesores de derecho civil y a los profesores de derecho comercial. Todos serían ahora profesores de derecho privado. La mayoría se resistió al cambio, y la discusión aún permanece vigente.

penalización. Y esto no es una cuestión menor⁷¹. Si se contara con una generación de reemplazo, estable y bien pagada, las reformas podrían caminar mejor perfiladas. Pero ese no es ciertamente el caso. La escasez de profesores hace que necesariamente convivan profesores legalistas con profesores progresistas, produciéndose una tensión permanente entre tradición e innovación.

El desafío de los próximos años, será buscar una manera inteligente de lograr fuertes incentivos para que no se produzca una fuga de jóvenes talentosos desde el mundo de la academia al mundo privado, por razones meramente económicas.

Ahora bien, analizadas someramente las tres manifestaciones del discurso de la crisis, puede apreciarse que al nivel locucionario hay diferencias importantes. Esas diferencias se dan fundamentalmente –como indiqué– por el contexto político y social en el que el discurso emerge: la era del socialismo en Chile; la dictadura militar; la transición a la democracia plena, respectivamente. Al nivel ilocucionario, sin embargo, el discurso de la crisis es coincidente: clama por reformas sustanciales al sistema legal y, en especial, en la educación legal de los estudiantes de derecho. Por último, en el nivel perlocucionario, el éxito del discurso es variable. El discurso de fines de los 60 tuvo un éxito modesto al comienzo y luego desaparece por completo. El discurso de mediados de los 80, cristaliza en importantes reformas, particularmente ligadas al sistema judicial. El discurso de mediados de los 90, a su turno, está recién dando sus primeros frutos en la implementación de

⁷¹ Particularmente cuando la mayoría de los profesores posee esa mentalidad y son profesores que gozan de prestigio profesional, pues sólo son profesores-docentes, no investigadores.

reformas a la educación legal, en un proceso gradual e incremental en dos de las más importantes universidades del país.

Sin embargo, el discurso de la crisis ha sido siempre un discurso de minorías. El discurso legalista parece estar demasiado arraigado en la idiosincrasia de la profesión legal en Chile como para esperar cambios radicales en el corto plazo. Las escuelas de derecho actúan con cautela, pues saben que un error puede costarles caro desde el punto de vista de la percepción pública de la institución⁷².

Y, nuevamente, quisiera insistir en la necesidad de una generación de reemplazo. Ya no pueden ser siempre los mismos los que mantengan vivo el discurso de la crisis (más no sea por el natural envejecimiento de sus miembros). Ello, sin embargo, no es tarea sencilla. La formación de un académico de prestigio tarda a lo menos diez años y mientras las universidades no estén realmente dispuestas a invertir los escasos recursos de que disponen en su mejor gente, me temo que los avances serán extremadamente lentos. Estas líneas pueden sonar pesimistas y, en efecto, lo son. La razón nos obliga a ser pesimistas, ha dicho Bobbio, aunque la voluntad puede siempre mantener el optimismo. No hay pues contradicción. Solamente el conformismo puede silenciar el discurso de la crisis.

⁷² Esto, por ejemplo, ha sido un importante freno a la reforma que está implementando la Universidad Diego Portales, una universidad que no tiene más de 20 años de existencia. La Universidad de Chile o la Pontificia Universidad Católica de Chile pueden darse el lujo de errar en las reformas que implementan y el reproche de la comunidad jurídica nacional no será fuerte, debido a que se trata de universidades con más de 100 años de historia. Las otras escuelas, en cambio, que poco a poco han ido ganando prestigio, deben entonces actuar con prudencia. Un error puede literalmente ser muy gravoso e, incluso, definitivo en el futuro de la institución.