

Renovación de los estudios de Derecho

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

No cabe duda que el mundo ha experimentado en las últimas décadas transformaciones y reformas muy profundas. No es exagerado decir que el abogado ha visto modificada la casi totalidad de las disposiciones legales que, en su oportunidad, sirvieron de fundamento a su formación jurídica. Incluso los códigos tradicionales que conforman la legislación común han sufrido innovaciones sustanciales. Los procedimientos judiciales y administrativos hoy vigentes han variado en muchos aspectos en relación con los que imperaban en el pasado reciente... A partir de la Constitución de 1980 ha operado lo que algunos llaman la **constitucionalización del derecho privado**, tendencia que ha enriquecido considerablemente la aplicación de las normas al armonizarlas con los grandes principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento. Es interesante constatar que en este nuestro país, excepcionalmente, los tribunales de justicia pueden resolver un conflicto sin transitar a través de la ley, vale decir, mediante la aplicación directa e inmediata de una disposición constitucional. Lo anterior resultaba imposible para un abogado o para un juez que ejerciera sus funciones antes de que entrara en vigencia la nueva normativa constitucional. Incluso más, podría decirse que, por lo general, un abogado o un juez, el día de hoy, aplica aplica en el día de hoy una legislación absolutamente renovada, fundada en principios y experiencias nuevos que no tienen antecedente alguno en el pasado.

Lo señalado confirma nuestra apreciación en el sentido de que los estudios de derecho no pueden basarse sólo en el análisis, interpretación y coordinación de normas legisladas, puesto que todas ellas, incluidas las de carácter constitucional, pueden derogarse o modificarse, dejando al estudioso desprovisto de todo sustento científico. Lo que decimos se agrava por el hecho de que, atendida la velocidad con que en la sociedad actual se producen los cambios impuestos por el prodigioso desarrollo tecnológico, es presumible que los cambios legislativos deban seguir operando cada vez a mayor velocidad y con más intensidad.

Como si lo anterior no fuere suficiente, debe agregarse otra circunstancia de aun mayor relevancia. En la era tecnológica surge una serie de conflic-

tos del todo absolutamente ajenos a los que hemos conocido hasta el día de hoy, ninguno de los cuales encuentra solución en las normas legisladas. Es deber imperativo del hombre de derecho intentar, al menos, encuadrar en los grandes principios jurídicos conocidos la forma de encararlos, así como influir en los poderes colegisladores para que mantengan la unidad del llamado "espíritu general" de la legislación, capaz de orientar la solución de conflictos no considerados en las fuentes formales de derecho.

Como puede observarse, el papel que corresponde al jurista en el día de hoy no podría satisfacerse con el mero conocimiento y dominio de la legislación vigente, instrumento absolutamente insuficiente para proyectarse hacia el futuro.

Si los abogados no siguen estudiando día a día, como bien lo han sostenido varios autores, serán cada día menos abogados en la medida que su formación y conocimientos sólo quedan radicados en el derecho positivo y no en los principios, fines y preferencias de su tiempo.

La principal barrera del derecho en la hora actual es su incapacidad para marchar a la misma velocidad que las transformaciones que sufre la sociedad, especialmente como resultado de los cambios y las innovaciones tecnológicas.

La crisis del **estado de derecho** en muchas latitudes no tiene más explicación que ésta. Debe, por lo mismo, buscarse una fórmula efectiva que permita no sólo actualizar el derecho (modificar las normas), sino dotarlo de mecanismos que den inmediata respuesta a la problemática que trae consigo la nueva realidad impuesta por la revolución científica y tecnológica. Un ejemplo aclarará lo que señalamos. Hasta hace pocos años la "gestación in vitro" era desconocida. Tan pronto ésta se puso en práctica, el derecho debió dar una respuesta inmediata a la sucesión de problemas que ella traía aparejados. El peor escenario para su prestigio era el vacío y la ausencia de toda regulación. ¿Cómo conseguir una reacción inmediata? A juicio nuestro, en estos casos (cada día más frecuentes) debe instituirse un procedimiento que sea idóneo para, en ausencia de una norma, dar una respuesta inmediata. No es suficiente el llamado principio de "inexcusabilidad", puesto que éste supone una larga tramitación judicial, y la urgente necesidad de regulación no permite posponer la cuestión indefinidamente, creando una sensación de inestabilidad que contradice la "certeza jurídica", valor privativo y esencial del derecho.

La ausencia de una norma que oportunamente enfrente los problemas que emergen de la nueva realidad, por una parte, y el retardo con que los tribunales de justicia invariablemente dan respuesta a éstos, por la otra,

redunda en desmedro del "estado de derecho, proyectando una imagen distorsionada de la organización jurídica de la sociedad. En este esquema no es extraño ver magnificadas las críticas contra las instituciones fundamentales del Estado.

Dominio de los grandes principios en que se inspira el ordenamiento normativo

De las reflexiones que se dejan consignadas se desprende nuestra convicción en el sentido de que es en la aprehensión, comprensión y dominio de los grandes principios en donde debe ponerse énfasis para una adecuada formación jurídica. Si el estudiante consigue, antes de interiorizarse de las instituciones y las normas que las integran, conocer y comprender los principios que ellas desarrollan y realizan, logrará, paralelamente, adquirir una visión verdadera de lo jurídico y estar habilitado y en disposición para adecuar su cultura jurídica a cualquier cambio, innovación o modernización que opere en el derecho.

Lo anterior justifica nuestra proposición en el sentido de que debemos invertir el orden en que se desenvuelve la enseñanza jurídica. Hasta el día de hoy se ha pensado que del estudio de las normas se sigue el estudio de las instituciones, y del estudio de estas últimas el de los grandes principios inspiradores del derecho. En la forma señalada se induce al estudiante a sobrevalorar la importancia de las normas jurídicas particulares, obligando al alumno a retener, a veces inútilmente, una enorme cantidad de artículos y disposiciones, muchas de las cuales o han quedado en desuso o tendrán una corta existencia.

Simultáneamente y como consecuencia del énfasis que se pone en la memorización de las leyes vigentes (incluidos por cierto los códigos), el estudiante va experimentado una adhesión casi servil por la letra de la ley, reduciendo a su texto todo esfuerzo interpretativo, con lo cual se empobrece el derecho, al privarse al proceso hermenéutico de una efectiva contribución creativa. No es extraño, entonces, que los profesionales formados en nuestras facultades sean cada día menos abogados, imposibilitados, como se hallan, de adecuarse a los cambios impuestos por los tiempos en que nos ha correspondido vivir.

De lo que llevamos dicho se infiere que la formación jurídica adolece, en este momento, de graves insuficiencias que deben encararse con ideas renovadas. Es un hecho que no merece discusión que el abogado, en el pasado líder en muchos campos (políticos, económicos, sociales, corporativos, diplomáticos, etc.), ha perdido importancia y ha sido desplazado

por otras profesiones no siempre a la altura de las circunstancias. En otros términos, el abogado ha quedado rezagado por obra de su incapacidad para adaptarse a las actuales exigencias, las cuales, sin duda, serán cada vez más apremiantes.

En suma, la enseñanza jurídica no puede concebirse y practicarse en la forma en que se hacía hace sólo cincuenta años. Las grandes transformaciones que experimenta el mundo como consecuencia del tránsito entre una sociedad industrial y una sociedad tecnológica, y la necesidad de concebir el derecho como una herramienta al servicio de nuevos conflictos –la mayor parte de los cuales ningún parentesco tienen con los que inspiraron la legislación tradicional y complementaria de nuestros códigos centenarios– nos obligan a replantearnos de qué manera debe formarse un abogado para el siglo veintiuno.

Digamos, por último, a propósito de este desafío, que las insuficiencias en el proceso de organización social son siempre e inevitablemente suplidas por la misma sociedad, incluso mediante la adopción de instrumentos o recursos anárquicos, en desmedro de ciertos valores que sólo es posible alcanzar con la plena vigencia y funcionamiento de un sistema normativo de carácter jurídico. Por lo mismo, la indiferencia de los hombres de derecho para atender adecuadamente la demanda de la sociedad contemporánea, redundará en un perjuicio que ninguna otra actividad podrá atajar.

El antecedente último de muchas crisis en la sociedad moderna, aun cuando pueda aparecer exagerado, hunde sus raíces en la incapacidad del sistema jurídico para interpretar la realidad que vivimos. En el día de hoy se requiere de un derecho dinámico, que se adapte con facilidad a lo que la comunidad necesita, capaz de autorrenovarse y dar respuesta oportuna a los problemas emergentes. En este contexto, como es obvio, no es suficiente la norma legislada, es necesario que el hombre de derecho vaya creando reglas particulares, así se trate de convenciones, contratos, resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etc., a partir de los grandes principios, que serán, en definitiva, los que seguirán gravitando en el ordenamiento jurídico y que expresan las bases axiológicas en que se funda nuestra convivencia.

En nuestro ordenamiento constitucional el Presidente de la República tiene un amplio margen para dictar disposiciones jurídicas (reglamentos autónomos) fuera del ámbito legal (el artículo 60 de la Carta Fundamental reserva a la ley sólo determinadas cuestiones, correspondiendo al Jefe del Estado el ejercicio de la potestad reglamentaria “en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, según prescribe el artículo 32 N° 8 del texto constitucional). Lamentablemente, no se ha hecho uso de

esta potestad que permitiría salir al encuentro de muchos problemas que no pueden aguardar una respuesta legislativa tan prolongada como el ejercicio de la jurisdicción. Falta un mínimo de audacia para encarar los requerimientos contemporáneos. Algunos recursos tan útiles como la acción constitucional de protección, en lugar de estimularse, son objeto de obstrucción y reparo por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, ajenos a las demandas sociales. Todo ello, insistimos, se vuelve contra la eficiencia del sistema y contribuye poderosamente a intensificar las críticas que se endilgan en contra del orden jurídico establecido.

Tres elementos para una nueva enseñanza jurídica

Un replanteamiento de la enseñanza jurídica nos obliga a admitir que, a lo menos, se requiere de tres elementos básicos para encarar una reforma eficaz y verdadera: la adopción de una nueva concepción del derecho, más centrada en su función que en su estructura; la necesidad de adoptar un método de aprendizaje coherente con los fines propuestos; y el reconocimiento de que el jurista es ante todo un creador de reglas particulares a partir de los elementos y dentro de los límites consagrados en la norma jurídica.

Analizaremos, a continuación, cada una de estas exigencias.

a. Una nueva concepción del derecho

La teoría general del derecho no nos ha proporcionado una idea clara sobre el carácter funcional del sistema jurídico. Se ha puesto acento en demasía en la estructura normativa del derecho, desdeñando su verdadera naturaleza, indisolublemente ligada a las potestades y poderes conferidos en las normas para regular la conducta humana. En verdad, la "norma" no es sino la manifestación externa de la potestad que se concede a diversas instituciones y personas. Tras ella (la norma) subyace una facultad (potestad) que se ejerce en el marco impuesto en la misma, mediante la transferencia de ciertos elementos (genéticos) que se insertan en las normas inferiores y en las reglas.

Dicho de otro modo, a partir de un acto institutorio original del derecho, que genera la potestad constituyente, se va desarrollando el sistema a través de la creación de sucesivas potestades (legislativa, reglamentaria y regulatoria). Si ponemos atención en el efecto de estas potestades, llegaremos a la conclusión de que la estructura del derecho es esencialmente normativa, pero si nos remitimos al origen de las normas o al poder que les da vida, descubriremos el carácter funcional del mismo. En este último caso, no nos será difícil comprobar que tanto la producción como ejecu-

ción de la norma superior derivan de una potestad que es la que, como se dijo, da vida a la norma.

Hasta este momento la enseñanza jurídica se ha fundado en el estudio de las normas, en su creación y desarrollo. La teoría escalonada del orden jurídico, cuya máxima expresión es la "teoría pura del derecho" de Hans Kelsen, si bien es un insustituible recurso para explicar el sistema normativo, sus relaciones y coherencia, no profundiza en el aspecto funcional, vale decir, en la forma en que operan las potestades, y es aquí, precisamente, en donde nosotros fundamos nuestra posición.

Es curioso constatar que todo apunta en el mismo sentido: el estudio y la ponderación de las normas con una cierta indiferencia por los otros aspectos, entre ellos los que dan vida y sentido a las mismas normas.

De lo indicado se desprende que la enseñanza jurídica en el futuro debe enfocarse en otra dirección: En lugar de atender exclusiva o preponderantemente a la norma, debemos poner énfasis en las potestades que le dan vida. Tanto o más importante que la Constitución es la potestad constituyente; lo propio puede decirse de la ley respecto de la potestad legislativa; del reglamento en relación con la potestad reglamentaria; de la sentencia judicial, el simple decreto, la resolución administrativa, o el contrato y acto jurídico unilateral en relación a la potestad regulatoria (aquella por medio de la cual se da vida a las "reglas" o normas particulares).

El estudio del derecho se funda en el análisis y conocimiento de las normas, sin reparar en la necesidad de abordar preferentemente el estudio de las potestades de las cuales ellas emanan. Esto explica que, paralelamente, nos desentendamos de los grandes principios inspiradores del ordenamiento en su totalidad, los cuales, sin duda, gravitan en el ejercicio de las potestades, más que en la interpretación de las normas.

Cabe observar que así como la constitución –en su función de producción– da vida a la ley, y esta última al reglamento, y ambos a una sentencia judicial, una resolución administrativa, un contrato o un acto jurídico unilateral; así también la potestad constituyente da vida a la potestad legislativa y reglamentaria, y todas ellas a la potestad regulatoria. Pero si bien existe un orden escalonado que se va estructurando gradualmente desde lo superior a lo inferior, no es lo mismo la norma que la potestad que la genera. La primera (la potestad) es la causa, la segunda (la norma) su efecto. Nuestros estudios, sin excepción y hasta el día de hoy, han puesto acento en el efecto, desdeñando la causa. De aquí la sobrevaloración de lo formal por encima de lo funcional.

El estudio del derecho en el futuro debe fundarse en dos pilares: las potestades que dan origen a las normas y las reglas; y los grandes principios inspiradores de todas ellas, los cuales gravitan tanto al ejercerse la potestad como en el proceso de creación de las normas inferiores y las reglas (proceso interpretativo o de aplicación del derecho).

Es indudable que aún falta una teoría capaz de ilustrar con mayor rigor científico la importancia de las potestades y los caracteres que identifican a cada una de ellas. Esta tarea no puede implicar el desconocimiento de lo que dejamos establecido en lo precedente.

A lo anterior habría que agregar otra circunstancia tan significativa como las señaladas. Al examinarse la potestad regulatoria se comprende en ella la llamada **autonomía privada** (conocida también como autonomía de la voluntad). Mediante su ejercicio los particulares se dan sus propias reglas, siempre en el marco impuesto en la ley (norma). Es ésta, sin duda, la fuente más abundante de las prescripciones jurídicas y lo que ampara y permite extender la libertad individual sin poner en riesgo el ordenamiento en su integridad. Atendida la riqueza y amplio campo de acción de estas reglas (convenciones, contratos, actos jurídicos unilaterales), la norma eleva su poder vinculante atribuyéndole el mismo efecto que a la ley (*Pacta sunt servanda*, principio recogido en el artículo 1545 del Código Civil). Hasta aquí se ha llegado en la valoración de esta potestad.

Se ha preterido, sin embargo, uno de sus aspectos más originales y renovadores. Como hemos sostenido en otros trabajos, el poder (potestad) de los particulares es mucho más rico y extenso. Ellos están regidos por “reglas”, no por normas, las cuales sólo aportan al creador de aquéllas ciertos elementos (genéticos los hemos llamado) que permiten integrarlas al ordenamiento y conferirles valor jurídico. Ahora bien, ninguna “regla”, cualquiera que sea su origen, puede imponérsele al particular sin que concurre, expresa o tácitamente, su voluntad. En otras palabras, todos nosotros podemos siempre y en cualquier caso impugnar una regla (así se trate de una resolución administrativa, un decreto supremo, una sentencia judicial, una convención, etc.), de lo cual se sigue que la “regla” que nos afecta, para existir y obligarnos debe contar con nuestra participación o, lo que es lo mismo, que estamos dotados de poder para impugnarla y, si corresponde, desafectarla del orden jurídico y privarla de valor. De aquí que hayamos sostenido que el derecho es una “creación colectiva” en que participamos todos y en que las reglas que alcanzan nuestros actos deben contar para su imposición con nuestra voluntad, como quiera que ella se manifieste. Incluso en el evento de cumplir espontáneamente una norma (ley o reglamento) debemos singularizar este mandato y darnos a nosotros mismos una “regla” (que hemos denominado “personal, tácita y

autocompuesta”), sin la cual la abstracción normativa carece de toda posibilidad de acatamiento.

No resulta dudoso en este contexto doctrinario descubrir las insuficiencias que presenta hoy día la enseñanza del derecho, limitada a una fase, no la más dinámica y fecunda de la creación jurídica.

b. Un nuevo método de enseñanza

Lo anterior nos induce a concluir que el método de enseñanza del derecho sufre, en esta concepción, una profunda alteración. Si debemos privilegiar la comprensión del ejercicio de las potestades y los grandes principios en que ellas se inspiran, no podemos seguir exaltando la norma y sus relaciones con otras normas, como ha sucedido invariablemente en el último siglo. La docencia jurídica se desenvuelve a través de la exhaustiva explicación y análisis de las normas positivas (método exegético), se sigue con la referencia de las instituciones (método sistemático), para culminar con el señalamiento de los grandes principios (método lógico-funcional). En este contexto se revaloriza la norma positiva en desmedro de las instituciones y los grandes principios. Este enfoque conduce, inevitablemente, a una formación profesional limitada, que hace del abogado un buen mecánico en la simple tarea de subsumir una cierta situación fáctica en un mandato general y abstracto.

Salta a vista, entonces, la necesidad de invertir el orden en que se realiza la docencia jurídica, transitando de los grandes principios a la configuración de las instituciones, y de estas últimas a las normas por medio de las cuales aquéllas se regulan. De esta manera se privilegian los principios y se depotencian las normas, las cuales dejan en evidencia su carácter meramente instrumental. Simultáneamente, el estudiante contrae un compromiso con los principios (expresivos de los valores en que se funda la sociedad), a los cuales subordinará su concepción de las instituciones y, por cierto, la aplicación de las normas positivas. Desaparecerá, entonces, el servilismo por la letra de la ley (norma positiva) y se incrementará su capacidad creadora, que es, en definitiva, la mejor contribución del hombre de derecho a las necesidades del siglo que comienza.

De la misma manera, es necesario reivindicar el rol que cabe al autor de la “regla” (titular de la potestad regulatoria) y dar su verdadero alcance y contenido a la actividad de los particulares, destinatarios finales de toda prescripción jurídica. Ellos, como se señaló, no sólo crean gran parte de las “reglas” que rigen sus actos, sino que, además, intervienen activamente en el proceso de generación de aquellas otras que, no obstante emanar de terceros, pueden ser admitidas o impugnadas por su destinatario. Es aquí



en donde radica la función más activa y trascendental del hombre de derecho y que, inexplicablemente, ha quedado al margen de la docencia jurídica.

Es importante comprobar que el desplazamiento de los abogados de muchas actividades en las cuales intervenían con ventajas en el pasado, no es sólo obra de la especialización de las mismas (lo que sucede, por ejemplo, en el campo económico), sino de la renuencia a asumir un papel más dinámico, menos burocrático y no tan formalista. Ello deriva, sin duda, de su formación, la cual los mantiene apegados a actitudes y estilos ya obsoletos. Tampoco ello resultará posible mientras los tribunales y las autoridades administrativas no asuman la misma posición. La transformación que reclamamos, por consiguiente, no puede aplicarse parcialmente a una falange de adelantados, al margen de quienes, en diversos ámbitos, van creando el derecho que efectivamente nos afecta y nos obliga.

c. El abogado, un creador de derecho

Finalmente, la reforma de la enseñanza jurídica deberá poner acento y reivindicar la tarea creativa a que está llamado preferentemente el hombre de derecho. La función primordial del abogado consiste en la **creación de reglas jurídicas a partir de normas generales y abstractas**. Esta concepción nos ha llevado al extremo de sostener que, en verdad, lo que afecta a los sujetos de derecho directamente en sus relaciones intersubjetivas son las reglas (prescripciones particulares de conducta) y no las normas (prescripciones generales y abstractas dirigidas a los creadores de reglas). Tradicionalmente se ha sostenido una visión inversa, desdeñando la importancia de las reglas. Pero un análisis más riguroso lleva a la conclusión contraria: los imperados obedecen a resoluciones administrativas, sentencias judiciales, contratos, convenciones, actos jurídicos unilaterales o reglas que ellos mismos se dan al cumplir espontáneamente una norma general y abstracta. Las normas, por lo tanto, no son más que indicaciones o marcos conceptuales que están destinados a la elaboración (creación) de las reglas.

En nuestra teoría de la interpretación, explicamos cómo se genera una regla a partir de lo previsto en una norma. En ello queda patente la **tarea esencialmente creadora del intérprete**, que, al dar vida a una nueva prescripción particular de conducta, realiza una función que le es propia, esto es, la **aplicación del derecho**. Corresponde al intérprete integrar los elementos normativos y los elementos fácticos, gestando una regla en que se amalgaman todos ellos y con arreglo a la cual se resolverá una situación jurídica específica y concreta.

El desconocimiento de esta tarea trascendental ha empobrecido al derecho. Si la misión del abogado consistiera simplemente en subsumir un

hecho en un mandato general y abstracto, su formación se reduciría al conocimiento y dominio del contenido de la norma y al mecanismo procesal destinado a establecer la veracidad de los hechos (prueba legal). **Y es esto, precisamente, lo que ha sucedido, uniformemente, hasta el momento.**

Tampoco se ha reconocido la necesidad de profundizar sobre el papel que asiste a los particulares en la gestación y fuerza obligatoria (aptitud jurídica) de las reglas que ellos mismos se dan o que provienen de un tercero. A pesar de que la actividad de los abogados lo evidencia cada día, no nos hemos detenido a pensar que no existen prescripciones específicas de conducta sin que intervenga la voluntad de la persona imperada, y que con ello se evidencia que el derecho es la manifestación social más participativa que se conozca. Ni siquiera se ha sistematizado el poder de los particulares para proyectar y perfeccionar este poder, diverso de la llamada **autonomía privada**. Lo manifestado explica la pobreza, a veces franciscana, del aporte de los abogados a la sociedad moderna y la usurpación que otras profesiones han hecho de campos que les son propios.

Un nuevo enfoque de la enseñanza del derecho debe encarar la formación jurídica con otra perspectiva, fundada no sólo en la estructura del ordenamiento normativo, sino en el ejercicio de las **potestades**; sobre la base de un método de enseñanza en el cual se transite entre los grandes principios que informan el sistema, las instituciones, las normas positivas y demás fuentes de derecho objetivo; poniendo acento, sobre todo, en la tarea creativa del intérprete a través de la aplicación del derecho que culmina con la generación de una regla llamada a regular una determinada situación intersubjetiva, y en la participación de los imperados en la gestación y fuerza vinculante de todas las reglas que les empecen.

Si el abogado permanece adherido a las concepciones que sobre esta materia dominaban en el pasado, no logrará adaptarse a su tiempo ni satisfacer las demandas que la sociedad reclama en la actualidad de él. No puede desconocerse que esta profesión, muy probablemente por la forma en que se imparte la enseñanza, hace al abogado extremadamente conservador, lo cual conspira contra toda clase de innovaciones, incluido el método y la visión general que se tiene del derecho. De aquí la necesidad de hacer conciencia de que al cambio que experimenta el mundo, como consecuencia del tránsito entre una sociedad industrial y una sociedad tecnológica, debe seguir inevitablemente una adaptación de todas las profesiones a la nueva realidad emergente. Este es el gran desafío de las universidades y del país, al cual no podemos sustraernos sin abdicar de nuestros deberes fundamentales.