

La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?*

ALFREDO BULLARD** y ANA CECILIA MAC LEAN***

1. INTRODUCCIÓN¹

En un examen de grado para obtener el título de abogado, el graduando había tenido un rendimiento deficiente. Cuando el presidente del jurado le informó que su examen había terminado, el alumno pidió que se le concediera el derecho a una pregunta adicional:

—Muy bien. Dígame señor qué es una cofradía —le dijo el presidente.

El graduando se sintió sorprendido. Los expedientes que sustentaban eran uno de contratos y otro de derecho penal, y ninguno mencionaba o guardaba relación con nada parecido a una cofradía y no tenía la menor idea de lo que le estaban hablando.

Ante el silencio del graduando, el presidente le insistió preguntándole si sabía la respuesta.

—No, señor —respondió el graduando— ...pero creo que tengo derecho a una última oportunidad, porque mis expedientes no guardan relación con ese tema.

—Muy bien señor. Usted tiene otra oportunidad: ¿qué es una archicofradía? —repreguntó el presidente.

* Publicado originalmente como BULLARD, Alfredo, "La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?" en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Seminario Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2002.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Máster en Derecho, Universidad de Yale, EE. UU., 1991.

*** Abogada, Juris Doctor de la Georgetown University Law Center, EE. UU.

¹ Es importante resaltar que este trabajo se refiere principalmente a la enseñanza tradicional del Derecho en Latinoamérica, tomando como experiencia específica el caso de la enseñanza del derecho en el Perú.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

El graduando volvió a mantener un largo silencio. Ante la nueva pregunta del presidente sobre si sabía la respuesta el graduando sólo atinó a decir:

—Señor, me parece que a pesar de ello me merezco una última oportunidad. Por favor, fórmuleme una última pregunta.

—Está bien. Pero ésta es la última: ¿cuál es la diferencia entre una cofradía y una archicofradía?

El graduando fue desaprobado.

Muchas veces, el recorrido por las aulas deja a los alumnos, y posteriormente graduados, con la misma sensación que deja esta anécdota (que, dicho sea de paso, es real). Hay preguntas y conceptos que aparecen ante nuestros ojos en las Escuelas de Derecho y que no guardan relación con lo que estamos viendo o que no tienen ninguna utilidad práctica.

Pero además esas preguntas, sin perjuicio de su impertinencia al tema que fue objeto de evaluación, reflejan la capacidad del conceptualismo para llevarnos a preguntas sin respuestas. Era evidente que luego de la respuesta a la primera pregunta, el alumno estaría en incapacidad total de dar respuesta a las demás. El arte del juego no era encontrar respuestas, sino preguntas sin respuesta.

La educación legal no escapa a esta concepción y, por el contrario, suele reforzarla. Es que no podemos desvincular la enseñanza legal de la concepción que tenemos del propio derecho. Finalmente, una universidad forma abogados para que, valga la redundancia, actúen como abogados, y los abogados actuamos en el contexto de un derecho definido en una realidad. Pero debe ser un derecho para encontrar respuestas y no sólo preguntas sin solución.

El derecho cambia casi como cambia el mundo. Y el mundo ha cambiado mucho en los últimos años. Es más, el cambio en el derecho ha afectado sus bases mismas, lo que pensamos de él y lo que el propio derecho piensa de sí mismo. Ello a pesar de que, como solemos decir, el derecho siempre está detrás de la realidad, porque la realidad cambia más rápido que la capacidad que tiene el derecho de asimilar el cambio.

Así como el derecho se rezaga de la realidad, la educación legal se rezaga del derecho. La educación legal parecería tener menos capaci-

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

dad de cambio de la que ya un derecho capturado por la inercia de la permanencia suele tener.²

Lo que se plantea en el presente trabajo es cómo entender la realidad, el derecho y la educación legal en la relación que se establece en el cambio institucional en los últimos años. En otras palabras, trata de responder a la pregunta, ¿cómo debe cambiar la enseñanza del derecho para tener capacidad de cambiar la realidad?

2. EL “DERECHO DE CONCEPTOS” Y EL *IUS IMPERIUM*

2.1. LA “JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS”

Iering, un jurista alemán, tuvo un curioso sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones a cualquier norma jurídica; un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999.999 partes iguales, y en manos de los juristas más expertos podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999.999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos, el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar.³

² En Latinoamérica, hay casos patéticos de ello. En una ocasión hubo una reforma importante de las normas concursales peruanas. El cambio fue dramático y modificaba toda la filosofía del sistema. Un profesor dijo que pensaba seguir enseñando con la antigua Ley de Quiebras, porque en su opinión era mejor. El resto del semestre los alumnos estudiaron una ley derogada.

³ Citado por COHEN, Félix, *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 11-12.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

El sueño de Iering nos recuerda que los abogados solemos, al menos en Latinoamérica, usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes. El primero es el de “ciencia jurídica”.⁴ El segundo es el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del derecho y al hacerlo afectan cómo se enseña el derecho en las universidades. Por un lado está la idea de que el derecho es una ciencia, y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo “cosas naturales”, como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal. Y entonces aparece el concepto de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en una realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el derecho no tiene un objeto natural; es ante todo un sistema de regulación de conductas antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El derecho es creado por el hombre, y su “naturaleza”, y la de las instituciones, cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”.⁵

Así, los abogados (o los “juristas” que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos a otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de “neutralizar” esa envidia inventándonos “naturalezas jurídicas” inexistentes, porque a fin de cuentas el objeto de nuestra “ciencia” no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la Ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica de los Elementos.

⁴ El curso de introducción al derecho en la Universidad Católica del Perú se llama “Introducción a las Ciencias Jurídicas”, lo cual denota no sólo una opción por calificar al derecho como ciencia, sino que el uso del plural implica considerarlo como un conjunto de ciencias.

⁵ Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, p. 17.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

Genaro R. Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, “La Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio”, comentaba esos esfuerzos por encontrar “naturalezas jurídicas”.

“El saldo es desconsolador: tales empresas –las afanosas pesquisas de ‘naturalezas jurídicas’– están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe”.⁶

Entonces el derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión metafísica y una ciencia donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos.

Como señala Félix Cohen:

Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si “principio somnífero” es definido física o químicamente. De otra manera sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

(...)

Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.⁷

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición (como diferenciar cofradías de archicofradías sin saber para qué existen cofradías y archicofradías), porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese

⁶ En BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 7.

⁷ COHEN, op. cit., pp. 46-48.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. El acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina del sistema de Derecho Civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo: “Muy interesante. ¿Para qué sirve?” Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es decir, un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica.

A pesar de ello, no es extraño encontrar en las Escuelas de Derecho de Latinoamérica un curso de Acto Jurídico (en el Perú, más de una universidad lo tiene). Lo peor de todo es que se dicta en los primeros ciclos, forzando a que los alumnos entiendan qué es un acto jurídico cuando aún no saben qué es un contrato o un testamento. Aprenden el supraconcepto antes de entender el concepto. Para ellos, el acto jurídico es una “archicofradía”.

Esta concepción tiene un impacto importante en la enseñanza del derecho. Hace que muchas veces se potencie la capacidad de hacer “ingeniería conceptual” sobre las competencias para resolver problemas prácticos. Y en ese contexto, el mejor alumno es el que dio el examen con la respuesta más alambicada y compleja, y no necesariamente el que encontró la solución práctica.

El impacto de ello es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con poco referentes reales y con estudiantes hábiles en “matemática

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

conceptual” y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular y comprender.

Por ello no es extraño encontrar tanta resistencia al trabajo interdisciplinario en muchas facultades de Derecho latinoamericanas. Tendencias como el Análisis Económico del Derecho, la Sociología Jurídica o la Antropología Jurídica suelen generar resistencia. De hecho suelen ser, cuando existen, cursos electivos, admitiendo con ello el paso por las aulas lejos de lo que podría acercarnos a la realidad.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante:

Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.⁸

¿Son nuestros alumnos entrenados sistemáticamente para formularse y, sobre todo, para contestarse esas preguntas? La respuesta parece ser un no claro.

2.2. *IUS IMPERIUM Y COACCIÓN*

Un segundo elemento en esta línea es que la enseñanza del derecho ha sido marcada por la idea de un derecho-coacción. La coerción es un elemento central que se refleja en las aulas. Todo lo jurídico lleva implícita la capacidad de usar la fuerza para cumplir la norma. Ello es quizás la diferencia entre la norma jurídica y otras normas como las éticas, morales o religiosas.

Detrás de toda norma jurídica se sobreentiende la presencia de un Estado con capacidad de hacerla cumplir. Ello, que es evidente en el derecho público, ocurre también en el derecho privado donde se entiende que un derecho sin Estado no es derecho.

En esa línea, la educación legal toma una estructura primordialmente de conflicto y de confrontación. Y ello conduce a reforzar en la Universidad las habilidades del abogado más dirigidas a “pelear”. La mayoría

⁸ Citado por COHEN, op. cit., pp. 131-132.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

de los programas de estudio de las Escuelas de Derecho latinoamericanas incluyen más de una docena de cursos de procesal y litigio. Es más, el “paquete básico” del primer semestre incluye casi siempre un curso de esa materia. Pero los cursos de negociación, conciliación o medios alternativos de solución de conflictos son extraños, y si existen, suelen ser electivos que se llevan en los últimos semestres, cuando el alumno ya asumió una cultura y una estrategia de conflicto.

El abogado suele ser entrenado para generar temor antes que confianza, y su calidad profesional suele medirse en relación con su capacidad de ser incómodo para la otra parte.

Todo el problema que enfrenta hoy el derecho se deriva del concepto de frontera. Las fronteras de un país definen el monopolio del Estado para la toma de decisiones en un territorio dado. La frontera controla el tráfico de mercancías, personas e información. Bajo tal control es posible crear un derecho pensado en términos coercitivos porque el monopolio territorial del uso de la fuerza lo permite. Ello explica por qué es tan importante en el discurso político e incluso en el legal el tema de la “soberanía nacional” y por qué virtualmente todas las guerras tienen por origen un problema territorial.

Además explica la concepción del derecho como una unidad. El derecho es uno como uno es el Estado. El establecimiento de sistemas alternativos de regulación de conducta humana en grupos informales, comunidades campesinas y nativas, sistemas de autorregulación privada, entre otros, aparecen como extraños y de hecho son muy raramente incorporados en las currículas de las Escuelas de Derecho. Aceptar la existencia de regímenes jurídicos que compiten entre sí contradice el fundamento de un Estado como el monopolio de la coerción y por tanto como el monopolio del derecho.

2.3. *¿QUÉ OCURRE CUANDO SE JUNTAN LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS Y LA VISIÓN COERCITIVA DEL DERECHO?*

La combinación entre este conceptualismo extremo y la visión del derecho como un sistema de coerción genera el derecho que conocemos en nuestros países. Las batallas se enfrentan con armas conceptuales, tan arbitrarias y efímeras como las normas que las crean y “descrean”. Todo

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

juicio o procedimiento no es sino un juego de ajedrez con piezas y movimientos que no tienen nada de natural, conocidas y manejadas por un número reducido de elegidos: los abogados. En ese juego conceptuoso se decide quién debe ir a la cárcel y quién no, quién debe pagar a quién, quién debe quedarse con los hijos en un divorcio o quién debe pagar impuestos. Los seres de carne y hueso quedan entonces sujetos al capricho conceptual. El derecho de defensa se convierte en una serie de términos en latín que nadie entiende ni puede explicar con claridad. Bajo tales reglas de debate y lucha se define el destino de los seres humanos. Los derechos constitucionales se vuelven en algo tan maleable como la plastilina, permitiendo que los que pueden pagar el costo de buenos “conceptualistas” (es decir, abogados) ganarán. Quien no pueda hacerlo perderá.

Como finalmente es el Estado el que puede cambiar las “naturalezas jurídicas”, los ciudadanos entramos en brutal desventaja para enfrentar a alguien que puede cambiar el campo de batalla a voluntad. A veces no es siquiera necesaria la manipulación conceptual. Basta un acto del legislador para no sólo convertir, en términos de Kirchamann, bibliotecas en basura, sino los derechos de los particulares en lo mismo.

Esto tiene un impacto innegable en la formación legal. Los abogados son entrenados para ser esgrimistas conceptuales. Como esos conceptos que usan no tienen referente real, se vuelven armas y reglas de juego arbitrarias y poco predecibles. La educación legal no sólo se deja influir por esta concepción de derecho, sino que ella misma la fomenta en las aulas, la acepta y la premia en base a los criterios de calificación que se usan para colocar la nota al alumno.

La anécdota con la que comenzó este trabajo, la de las cofradías y archicofradías, es un buen ejemplo de ello, pues muestra cómo los conceptos pueden usarse arbitrariamente. El juego de las preguntas, posiblemente desatado por la pérdida de paciencia ante la falta de solvencia académica del alumno, refleja la capacidad de usar conceptos y supra-conceptos para formular preguntas imposibles de responder.

En todo caso, el impacto en la enseñanza del derecho es evidente y está presente en nuestras facultades de Derecho.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

3. EL CAMBIO

Los últimos años han cambiado muchas cosas. El derecho y su enseñanza se han visto profundamente impactados por esos cambios.

En primer lugar, la globalización nos ha traído mayor interacción y nos fuerza a vincularnos no sólo con gente de otros lugares, sino con personas de otras especialidades del conocimiento. El conceptualismo hace difícil interactuar, porque la realidad a veces entra en contradicción con las “naturalezas jurídicas”. Es difícil entender el derecho de las Telecomunicaciones sin entender la tecnología involucrada. Es imposible asesorar en las grandes operaciones financieras sin entender de finanzas. Un abogado en temas de libre competencia o de regulación económica está desfasado si no entiende de economía. Y ello se aplica también a ramas más tradicionales del derecho como Civil, Penal o Administrativo. Para interactuar hay que traer el derecho a la realidad. No basta con que se quede a un centímetro del piso. Debe tocarlo y ensuciarse con el lodo de lo mundano.

A pesar de ello, la formación interdisciplinaria en nuestras facultades de Derecho es escasa y no necesariamente de buena calidad. Los cursos de otras áreas del conocimiento son dictados sin ajustar las currículas a las necesidades de un abogado. Y entonces nos llenamos de definiciones a lo médico de Molière.

Lenguajes tan abstractos entorpecen la comunicación y globalización es capacidad de comunicarnos. La jurisprudencia de conceptos hace difícil conversar porque a las palabras difíciles se le añaden significados diferentes y hasta contradictorios.

Además, el tráfico económico y la rapidez que los medios de prensa dan a las relaciones sociales hacen que el conceptualismo se torne demasiado lento para explicar y sobre todo resolver muchas cosas. El tráfico no puede esperar a que el abogado le encuentre la naturaleza jurídica a las cosas. Entonces el abogado, antes que un alquimista, debe ser un hombre práctico con respuesta a preguntas concretas. Esta concepción se refuerza además con el aporte del positivismo, que formaliza el concepto y lo hace, al menos en teoría, resistente al tiempo. Así, según Fernando de Trazegnies:

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

El Derecho intenta aprisionar al tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio; la vigencia de la ley es entendida como un comportamiento-estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable durante todo su período de vigencia. La historia del Derecho –o cuando menos, la ideología positivista de la historia jurídica– tiene un carácter cataclísmico: no está constituida por una evaluación gradual en donde las cosas van modificando poco a poco su color, sino que se manifiesta sólo a través de esas grandes convulsiones que son el parto (la promulgación) y la muerte (la derogación) de la norma. Es por ello que, desde una perspectiva positivista, ha podido decirse que toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional.⁹

Trasladada la idea de esta cita a nuestro punto, el conceptualismo entiende las naturalezas jurídicas como atemporales, tal como son las normas que finalmente definen esas supuestas “naturalezas”. La ley y los conceptos son incomodados por el tiempo, sobre todo cuando éste pretende marcarle los ritmos. Y cuando esos ritmos son implacables y dinámicos como los del mundo moderno, la capacidad de respuesta de un abogado “conceptualista” sufre de ese mal. Formar abogados con ese perfil conduce a formar abogados con menor capacidad de reacción frente a los retos del mundo moderno.

En esa misma línea, se requiere además de respuestas flexibles. Éste es un mundo marcado a la vez por uniformidad y diversidad. El cambio es un signo de los tiempos, pero también lo es la estabilidad. Las situaciones que se pueden plantear se tornan infinitas y no puede haber una sola respuesta a todos los problemas. Como bien dice Carrió:

Al preguntarse por la naturaleza jurídica de una institución cualquiera –pienso– los juristas persiguen ese imposible: una justificación única para

⁹ TRAZEGNIES, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad”, en *Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, nro. 42, diciembre de 1991, pp. 287-288.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

la solución de todos los casos que en forma clara, ya en forma precisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa.¹⁰

El conceptualismo extremo ata al abogado a responder en base a naturalezas jurídicas inexistentes pero que condicionan las respuestas a los problemas. Ello aleja al abogado de su posibilidad de usar dos conceptos distintos para atender dos problemas similares. Eso explica la perplejidad con la que a veces legos en derecho reaccionan a la terquedad del abogado para no incluir una cláusula en el contrato porque “desnaturaliza su naturaleza jurídica”; defiende un purismo conceptual que invierte la platónica alegoría de la caverna y pone a la realidad como imperfecta y al concepto como perfecto.

Este conceptualismo extremo convierte al abogado en un ser poco práctico en un mundo como el moderno que exige practicidad.

Pero el tema no se limita a la crisis de un conceptualismo absurdo frente a las demandas reales. También el concepto de coerción se viene modificando a pasos agigantados.

Como decíamos, la base de la coerción estatal es el concepto mismo de frontera. Pero la frontera, tal como la entendemos, está desapareciendo por la tecnología.

La tecnología tiene impactos importantes en el poder. El más importante ha sido poner sofisticación y capacidades en manos de la gente a bajo costo. De las inaccesibles calculadoras de pantalla con numeritos verdes de Texas Instrument de hace más de 25 años, a costos que superaban los US\$ 500, hemos pasado a calculadoras mucho más sofisticadas, de pantalla de cristal líquido a US\$ 5. Hoy una calculadora está al alcance de todos, y con ello el poder que da hacer operaciones matemáticas con certeza y seguridad. Por otro lado, el abaratamiento continuo de las computadoras es otro ejemplo. Cada vez tenemos computadoras más sofisticadas a menores precios.

Las computadoras y la ciencia de la información han dado al ciudadano común un gran poder sobre el Estado. El control del Estado sobre

¹⁰ En BULYGIN, op. cit., pp. 7-8.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

personas y mercaderías por la frontera fracasa cuando trata de controlar la información. En Internet, la información viaja sin fronteras ni límites, a un acceso a bajo costo (a menos de un dólar se puede alquilar una cabina por una hora para acceder a Internet en el Perú).

Hasta hace unos años era posible para un dictador controlar la información y contarnos que vivíamos en el país de las maravillas. Hoy ello no es posible porque la verdad está al alcance de todos a bajo costo.

La televisión por cable o la televisión satelital logran un efecto similar. Hoy accedemos a cientos de canales sin una capacidad de censura real por el Estado. Es virtualmente imposible controlar anuncios emitidos en Brasil o en China y que incumplen las normas publicitarias peruanas.

La capacidad coercitiva del Estado se va así debilitando. E intercambio significa confianza. Parte del rol de los abogados es generar confianza en esos intercambios. Esa confianza supuestamente se genera a través del sistema de coerción. Cuando un abogado asesora a un cliente trata de asegurarle el cumplimiento de los fines perseguidos diseñando fórmulas que le permitan usar el sistema coercitivo del Estado en su beneficio. Eso ocurre, por ejemplo, con un contrato. Éste se diseña y redacta buscando mecanismos basados en cómo el abogado sabe que puede ser usado para utilizar los tribunales en su ejecución. La confianza principal, en lo que al abogado concierne, es su conocimiento del uso de un sistema de ejecución por un tercero supuestamente imparcial: el Estado.

Pero cuando esa capacidad de coerción se diluye en el flujo de transacciones transfronterizas no controladas, entonces el abogado pierde su capacidad de generar confianza, al menos como ha sido tradicionalmente entendida.

Internet y el comercio electrónico es el ejemplo más claro. Uno contrata en Internet a pesar de que sabe que será difícil conseguir el *enforcement* o ejecución del contrato mediante un tercero imparcial. En Internet son otros mecanismos los que generan esa confianza. Son los nombres de dominio prestigiados, los signos de prestigio y seriedad, los mecanismos de certificación de firma, y otros sistemas que abogados imaginativos y no tradicionales (liberados de naturalezas jurídicas) ayudan a diseñar.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

Ello no es nuevo. La aparición de las tarjetas de crédito generó un fenómeno parecido. Un establecimiento comercial en China recibe una tarjeta emitida por un banco peruano no porque conoce o ha evaluado al titular de la tarjeta ni tiene una idea de la capacidad de los tribunales peruanos de hacerle cumplir sus obligaciones. Él concede crédito porque cree en la banderita de Visa y en el holograma de la paloma.

Si surge un conflicto, éste no se resuelve por un sistema estatal. La red creada entre bancos emisores y comerciantes que aceptan la tarjeta en sus establecimientos genera confianza no por medio de la instrumentalización de un sistema estatal, sino porque un Comité de Arbitraje Visa, por fax y en pocos días, resuelve cualquier controversia a bajo costo. Allí, la confianza la genera un sistema ideado con creatividad antes que un monopolio estatal.¹¹ Cabría preguntarse cuánto de la formación recibida en nuestras Escuelas de Derecho es útil para poder diseñar sistemas parecidos.

En ese contexto, la formación jurídica “confrontacional”, basada en la idea de un abogado capaz de instrumentalizar la coerción del Estado en un sentido o en el otro, entra en crisis porque su base de acción se debilita. El retroceso de las capacidades del Estado a hacer muchas cosas es un tema más práctico que ideológico, y esa practicidad afecta lo que pensamos y buscamos de los abogados.

4. ¿QUÉ OFRECE LA ENSEÑANZA TRADICIONAL DEL DERECHO FRENTE A ESTA PERSPECTIVA? DESCENDIENDO AL PANTANO

A la luz del análisis efectuado en los puntos anteriores, para poder realmente hablar de la enseñanza tradicional del derecho debemos detenernos un momento en los dos factores que tienen una influencia muy importante en la estructura de ésta. Hablamos de la concepción del derecho y del rol que el abogado cumple en la sociedad.

Como ya de alguna manera hemos analizado, la concepción más tradicional (por tradicional nos referimos a los positivistas) del derecho es que éste es un conjunto de normas generales emanadas de un órgano

¹¹ Para mayor detalle ver COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 515.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

del Estado que deben ser cumplidas, y el estudio del derecho se debe dedicar exclusivamente al estudio de estas normas.¹²

Asimismo, como también hemos visto, tradicionalmente se ha considerado que el único rol del abogado es resolver conflictos. Es una suerte de superhéroe con “poderes sobrenaturales” únicos y poseedor de conocimiento, que aparece para ayudar a los desvalidos a solucionar sus conflictos. Esos poderes son su capacidad para moverse en la “dimensión desconocida” de los conceptos y de canalizar el poder coercitivo del Estado para alcanzar los fines de su cliente.

Teniendo en cuenta estas dos concepciones tan enraizadas en la idiosincrasia de la sociedad en general, y de los abogados especialmente, no es de sorprender que la enseñanza del derecho guarde relación estrecha con ellos.



Como se puede ver en la caricatura,¹³ esta imagen muestra cómo se percibe al alumno recién graduado de una facultad de Derecho con enseñanza tradicional. La preparación académica y el conocimiento están

¹² Fiss, Owen, “El Derecho según Yale”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 15.

¹³ MAUGHAN, Caroline y Julian WEBB, *Lawyering Skills and the Legal Process*, London, Butterworths, 1995, p. 1.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

muy elevados y al momento de graduarse el alumno desciende a un pantano para el que no se encuentra preparado. Ese fenómeno se ha agudizado cuando asumimos que el conceptualismo ha ido aislando aún más lo que se recibe en las aulas de la realidad (es decir, del “pantano”), simplemente porque la realidad ha cambiado y la enseñanza del derecho no lo ha hecho al mismo nivel.

La enseñanza del derecho ha desarrollado bastante bien el conocimiento tanto de la ley como de las interpretaciones que algunos juristas le dan a ésta. Ello es consistente con la idea de “jurisprudencia de conceptos”. Saber es poder, y el alumno deberá recibir de cada profesor toda la sabiduría que éstos le puedan transferir durante el corto período de clases a lo largo de su carrera.

Sin embargo, debemos tener claro que la función del profesor, y de la enseñanza en general, es informativa y formativa. Por la primera, el profesor transmite información al alumno. Por la segunda, forma competencias y capacidades. La visión conceptualista lleva a privilegiar la función informativa, y focaliza la formativa más en el desarrollo (ni siquiera muy bien logrado) de una capacidad de confrontación por medio del manejo de conceptos.

La metodología usada en este tipo de enseñanza es una principalmente expositiva, en la que el profesor llega al aula y “derrama” en los alumnos, ávidos de conocimientos, toda su sabiduría. El alumno no sabe cómo adquirió el profesor tal sabiduría ni si hay otros profesores que tienen conocimientos que opongan la posición de su profesor. Muchas veces no entiende los conceptos tratados hasta años más tarde, en su práctica profesional. Se enseña a saber más que enseñar a aprender.

Otro punto importante es que en la enseñanza del derecho, los profesores se han limitado, especialmente en Latinoamérica, a ver los problemas sólo desde un método de razonamiento deductivo. Esta visión es consistente con la visión del derecho como un paraíso de conceptos de Iering, donde se encuentran todas las soluciones a todos los problemas. Casi todo conflicto jurídico se resuelve encontrando la correcta “naturaleza jurídica” más que creando una solución nueva. El abogado más que un creador, es un descubridor de conceptos.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

Ello es consistente con la visión del derecho como una unidad, es decir, como la existencia de un solo derecho. No hay mucho que crear porque el derecho ya está dado por las naturalezas jurídicas que lo conforman. Esto choca frontalmente con la idea de la existencia de varios sistemas jurídicos compitiendo entre sí por lograr legitimidad, e incluso con la capacidad del abogado de crear regímenes diferentes. La enseñanza suele eliminar el concepto de diversidad de la mente de los hombres de derecho.

¿Qué pasará cuando este abogado se encuentre con una situación que se sale de la rutina? La consecuencia será su incapacidad de actuar ante una situación para la cual no tiene una norma o concepto general que se adecue fácilmente. Será incapaz de conceptualizar de una manera diferente, encontrando en los conceptos un sentido instrumental antes que axiológico. Su formación le dificultará encontrar sus propias ideas para encontrar una solución.

Como dijimos en la visión descrita, este abogado “superhéroe” deriva sus poderes de la conjunción de un manejo conceptual y de su capacidad de instrumentalizar la coacción estatal. Pero la realidad lo va desfasando. Sus conceptos comienzan a no encontrar la solución de todos los problemas. Y su poder fuente, el del Estado que le da la fuerza a sus actos, se debilita. Se lo entrena en poderes y capacidades que, sin ser inútiles, no le permiten enfrentar muchos de los problemas que el mundo plantea hoy.

5. ¿QUÉ DEBERÍA OFRECER LA ENSEÑANZA DEL DERECHO?

Hemos visto cómo la concepción tradicional del derecho ha forjado la enseñanza del derecho hacia el desarrollo del conocimiento de los conceptos. Esto trae como consecuencia que, una vez graduado, el abogado se encuentra que el mundo del derecho no era un paraíso como pensaba sino más bien un pantano que no conocía. Se da cuenta de que existe un divorcio entre lo que le enseñaron en la universidad y lo que ve en la práctica.

Si en lugar de percibir el derecho como un conjunto de normas emanadas de un órgano del Estado lo vemos como un conjunto de normas creadas, tanto por un órgano del Estado como por los mismos individuos, esta concepción debería cambiar. Debe entenderse el derecho no

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

como una unidad, sino como una diversidad de sistemas, y que el respaldo por la coerción estatal es sólo uno de ellos.

El rol del abogado es generar confianza, y ésta no se genera sólo por las normas estatales, sino por la capacidad del abogado de generar esquemas que sustituyan incluso la falta de capacidad de acción estatal.

Se debe buscar un derecho para poder vivir en armonía en una sociedad, es decir, prevenir el conflicto además de solucionarlo. Así nos damos cuenta de que debemos desarrollar la enseñanza del derecho desde una perspectiva holística. Esto significa mirar el derecho desde tres dimensiones: los conocimientos, la práctica y la personal.

Esta nueva visión ya no se confía en que el alumno de derecho aprenderá la dimensión práctica a través de su ejercicio tanto preprofesional como profesional, sino que ahora sistematiza y presenta casos para que el alumno pueda vivir de cerca esta experiencia.

Claro está que nunca se podrá homologar exactamente la realidad, pero esto disminuye en gran cantidad esta brecha que hay entre aquella y la preparación académica.

Asimismo, se desarrolla la dimensión personal que implica el considerar la idiosincrasia, cultura, intereses y actitudes de todas las personas involucradas, y no sólo conceptos jurídicos que nos llevan a una comprensión incompleta de los problemas.

El abogado debe dejar de ser el “superhéroe”, porque sus “superpoderes” son cada vez menos confiables. Por el contrario, debe asumir su tarea de dar un servicio a su cliente y a la sociedad, asesorándolo o defendiendo sus intereses y velando por que las normas establecidas, no sólo estatales sino privadas, promuevan realmente la armonía en la sociedad.

6. FORMACIÓN POR COMPETENCIAS

La enseñanza del derecho, antes que limitarse a dar conocimientos conceptuales, debe formar competencias en los abogados.

¿Qué es una competencia? Es simplemente la suma de conocimientos y habilidades o destrezas adquiridas, sumado a una actitud adecuada nos producirá el desempeño deseado.¹⁴

¹⁴ CLARK, Donald, *Introduction to Competencies*, [en línea] <<http://www.nwlink.com/~donclark/hrd/case/compet1.html>> [consulta: septiembre de 1999].

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

Como podemos ver, la anterior no es sino otra forma de hablar sobre el enfoque holístico al que nos referimos anteriormente.

¿De qué se trata toda esta cuestión? Se trata de aprender a vivir en el pantano, muy distinto al mundo de conceptos que nos enseñan en las aulas. Se trata de darle al alumno una formación que lo haga capaz de crear estrategias que le permitan manejarse en el pantano, anticipando y enfrentando de la mejor manera posible los problemas que se presenten. Y entender que los conceptos tienen un valor instrumental y que las armas a usarse no se limitan a la habilidad de conseguir que la coerción estatal nos ampare.

¿Cuáles son las razones existentes detrás de esta corriente de la formación por competencias? Básicamente se trata de una razón económica y de desarrollo personal. Lo que sucede es lo siguiente: la globalización y la revolución tecnológica, además de los efectos ya señalados, han ocasionado el cambio en la estructuración de las empresas que ahora es más plana ya que ha cambiado la noción de puesto de trabajo por la de área de ocupación. El individuo ahora debe preocuparse por mantenerse empleable, es decir que tenga la posibilidad de ubicarse y permanecer empleado hasta que decida moverse a otro empleo que le permitirá desarrollar nuevas competencias. En otras palabras, debemos cambiar una visión estática de la formación (un *stock* de conocimientos) por una visión dinámica (un flujo de competencias).

La Organización Internacional del Trabajo ha preparado un manual en el que desarrolla el tema de competencias laborales y la formación basada en competencias, para que sirva de guía para los empleadores del mundo.

Existen tres modelos básicos de formación por competencias:¹⁵

a) MODELO CONDUCTISTA

Este modelo se concentra en una tarea específica que debe realizar el individuo. Ignora la conexión entre las diferentes tareas que se realizan en la misma empresa, conocimientos y actitudes. El desempeño que se

¹⁵ KERKA, Sandra, *Competency-Based Education and Training*, Office of Educational Research and Improvement, U. S. Department of Education, [en línea] <<http://www.ericacve.org/docs/cbetmr.htm>>.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

requiere del empleado es el mínimo indispensable por lo que se le considera simplista y desmotivador.

Para ejemplificar este modelo tenemos a un individuo empleado en una fábrica embotelladora para concentrarse en colocar las chapitas en las botellas. Esta tarea sólo requiere que el individuo ponga las chapitas en las botellas cuando éstas pasan por su sitio. No requiere de mayor conocimiento ni dedicación y mucho menos interés en cómo está contribuyendo con la empresa. El trabajo se torna simple y aburrido.

b) *MODELO FUNCIONAL*

Este modelo analiza la función del individuo como trabajador. Busca detectar los elementos que llevan a un desempeño superior. Es decir, cuáles son las funciones en las que el trabajador debe comprobar su capacidad de desempeño.

Continuando con el ejemplo puesto anteriormente, bajo este modelo el individuo se encarga no sólo de colocar las chapitas a las botellas, sino que tiene información de que el contenido de las botellas es una bebida gaseosa y se preocupa por colocar las chapitas de manera tal que no deje escapar el gas. Dejó ya de ser un autómatas que puede ser reemplazado fácilmente por una máquina.

c) *MODELO CONSTRUCTIVISTA*

En este modelo cada individuo desarrolla su propio aprendizaje, construyendo sus propias capacidades. El individuo es capaz de incorporar y aportar al análisis y solución de los problemas que enfrente él y/o la empresa, asegurando de esta forma un aprendizaje continuo.

Bajo este modelo, el individuo encargado de colocar las chapitas en las botellas no sólo tiene información de su contenido, sino también de la línea de proceso completo, y usa sus propios conocimientos y habilidades para buscar nueva información o tecnología para hacer el proceso lo más eficiente posible. Aquí hay un valor agregado para él y para la empresa.

Es este último modelo de formación por competencias el que tiene mayor aceptación, ya que asegura una formación continua del individuo, y permite que éste mismo decida qué competencias quiere desarrollar

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

y así mantenerse empleable. Además en este modelo intervienen todos en el proceso formativo, nunca se termina de aprender, y lo que es más importante, el alumno sabe desde el inicio de su carrera qué será capaz de hacer al final de la misma.

Esto es consistente con romper la idea de un “paraíso” conceptual en el que todo está preestablecido. Y además implica desarrollar la capacidad de encontrar soluciones cuando el sistema estatal de coerción no funciona. El abogado no es un autómatas aplicador de herramientas conceptuales. Hace más que saber y entender cómo funcionan los procedimientos de razonamiento legal. El abogado está en capacidad de crear procesos nuevos aplicando tanto las herramientas existentes como las que él mismo pueda desarrollar.

¿Cómo logramos incorporar este último modelo al diseño curricular? Definir el perfil profesional que se quiere alcanzar, es decir, establecer qué será capaz de hacer el estudiante una vez graduado. Por ejemplo, que el alumno será capaz de trabajar en una empresa comunicándose con profesionales de otras disciplinas; estructurar los contenidos formativos en módulos o temas profesionales que deberán aprender, y establecer en qué manera estos módulos contribuyen al perfil profesional. Por ejemplo, separar el área de Derecho Tributario del Derecho Civil o Penal y buscar en qué medida esta área contribuye de alguna manera a lograr parte del perfil profesional establecido.

Los retos que se presentarán en el camino serán:

- Estar siempre al tanto de hacia dónde va el mercado laboral, es decir, ajustar la oferta de enseñanza a la demanda existente. En otras palabras, diseñar la enseñanza no en función del paraíso de conceptos, sino en función del “pantano”.
- Mejorar la relevancia de lo que se enseña, es decir, enseñar contenidos útiles para resolver problemas concretos.
- Facilitar la integración de los contenidos aplicables al trabajo, no enseñar el derecho como un comportamiento estanco y aislado, sino que interactúa con otras ramas del conocimiento.
- Favorecer la autonomía de los alumnos, de manera que no sean “profesordependientes” y puedan desarrollar sus propias posiciones, incluso contrarias a las del profesor.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

- Que el docente asuma un rol de facilitador y ya no de simple expositor. Su función es enseñar a aprender antes que enseñar conocimientos.

Dos aspectos críticos para el éxito de la incorporación de este modelo de formación por competencias en la enseñanza del derecho es la atención prestada al desarrollo de la interdisciplinariedad y las destrezas legales en la currícula:

INTERDISCIPLINARIEDAD

Como ya dijimos, la demanda de la sociedad en estos tiempos por abogados que tengan un conocimiento más amplio e interdisciplinario es tal que para poder responder a ella las facultades de Derecho deberán incluir en sus currículas análisis técnicos y científicos. Éste es el caso del Análisis Económico del Derecho, Finanzas, Contabilidad, técnicas modernas de Administración de Empresas, Gerencia y Tecnología de la Información, entre otras.¹⁶

De hecho, en los Estados Unidos de Norteamérica esta práctica de incluir otras disciplinas en las currículas de las escuelas de Derecho es algo que viene dándose desde hace décadas.

La naturaleza de la práctica legal ha cambiado tanto que nos lleva a la desprofesionalización de ésta. Un abogado necesita conocer nociones de competencia para poder tomar decisiones empresariales, poder financiar su estudio de abogados, poder definir el costo/beneficio de entrar en un juicio o en una negociación, entre otros. Es este enfoque del derecho el que le dará la capacidad al abogado para actuar de manera comprensible, relevante y confiable para sus clientes, en un mundo en el que el mero conocimiento legal no alcanza para ser realista.

DESTREZAS LEGALES¹⁷

La enseñanza del derecho se mueve hacia el desarrollo de destrezas legales que incluyen temas como: investigación, redacción, capacidad

¹⁶ SHERR, Avron, *Legal Education, Legal Competence and Little Bo Peep*, Wolf Chair Inaugural lecture, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2001.

¹⁷ Este tema ha sido desarrollado anteriormente en el artículo de MAC LEAN, Ana Cecilia, *Toma el atajo Joe*, publicado en el Newsletter de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en noviembre de 2000.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

para entrevistar, defensa y negociación. El desarrollo de estas destrezas implica presentar al alumno con situaciones casi reales en las cuales éste aprenda haciendo y no escuchando:¹⁸

INVESTIGACIÓN

La investigación y el razonamiento legal necesario para llevarla a cabo es la columna vertebral del trabajo de un abogado. Esta destreza legal va a determinar si el abogado hará un buen trabajo y si el cliente estará satisfecho con su servicio.

El derecho requiere de un razonamiento lógico. Por ello, es importante que el alumno lo conozca y sepa aplicarlo desde el inicio de sus estudios. Por ello, no se debe dejar al azar tan importante tarea, como se hace en la enseñanza tradicional del derecho, en la que existe la creencia de que el alumno lo aprenderá solo a lo largo de la carrera.

El desarrollo de esta habilidad para investigar, que incluye la de saber recopilar información haciendo uso apropiado de la tecnología de información, debe invitar al alumno, a través de diversas dinámicas, a descubrir que el razonamiento legal es una adaptación del razonamiento normal de cualquier ser humano.

REDACCIÓN

Una vez que se ha logrado una investigación y análisis exhaustivo, el siguiente paso es comunicarlo a quien corresponda. Esta comunicación, en ciertas ocasiones, debe ser escrita.

Tradicionalmente, el abogado ha aprendido a redactar empleando modelos que encontraba en algún archivo. Esto no hace sino perpetuar los errores clásicos de redacción y comunicación por los que son tan famosos los abogados.

En el desarrollo de esta destreza legal, se debe analizar la importancia de la comunicación escrita para el ejercicio profesional del derecho. Se debe estudiar las diferencias básicas entre el lenguaje escrito y el

¹⁸ CNOSSEN, Christine y Verónica M. SMITH, *New technology - Implications for legal Research Methodology*, 12th BILETA Conference, The Future of Legal Education, University of Durham, marzo de 1997.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

oral. Se debe trabajar también otro aspecto sumamente importante en la labor de un abogado: la organización.

Al redactar un documento, el abogado debe tener en cuenta su objetivo y el público al que va dirigido, de modo que utilice la variedad y estilo apropiados para transmitir el mensaje.

Como el abogado asume diversos roles, sus escritos también deben hacerlo. Existen documentos legales que informan, otros que defienden los intereses de sus clientes y otros que proponen nuevas normas. Todos estos documentos buscan transmitir un mensaje y aclarar ideas. Para ello es necesario que el abogado sepa comunicar lo que ha investigado e interpretado en cada caso.

ENTREVISTA

Adicionalmente a la comunicación escrita, un abogado necesita desarrollar la destreza legal de la comunicación oral.

La entrevista implica un proceso de comunicación entre el abogado y un interlocutor, ya sea un cliente, un juez, un testigo, el abogado de la otra parte o cualquier persona con la cual necesite hablar en el proceso de la investigación e implementación de un caso.

Tradicionalmente, el abogado ha informado a su cliente de sus acciones sin preocuparse de si el cliente entiende lo que le dicen o está satisfecho con el servicio. Esta barrera se extiende también a los otros interlocutores y evita así que el abogado cumpla con sus objetivos y su rol.

Para romper con esta realidad, esta destreza legal implica desarrollar una toma de conciencia de los factores que establecen barreras o tienden puentes en la comunicación. Para ello se debe poner especial énfasis en lograr que el abogado entienda la importancia de la comunicación no verbal, es decir, aquella de los gestos y el lenguaje corporal.

DEFENSA

La defensa abarca tanto la comunicación oral como la escrita, pero en ambos casos lo primordial es la capacidad que debe tener el abogado para argumentar de manera clara, concisa, directa, razonable y lógica su posición. Y aprender a probar, esto es, a persuadir con hechos, cosa que normalmente no se enseña en las Escuelas de Derecho. Así podrá

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

convencer a la autoridad ante quien se presenta de que su razonamiento es el adecuado.

El abogado tradicional emplea argumentos que sólo él entiende; sus argumentos son básicamente “esgrima” conceptual. Su defensa consiste en una repetición interminable de fuentes legislativas y doctrinarias sin una explicación clara de su aplicabilidad al caso puntual, y suele dar vueltas alrededor del punto que quiere establecer. Se limita a ofrecer un “tour” por el paraíso de los conceptos. La consecuencia natural de este comportamiento es el desinterés de los oyentes o lectores, según sea el caso, cuyo resultado puede ser negativo para su cliente.

Así, por ejemplo, en el campo de la teoría de la prueba, en ella se le explica al alumno las bases teórico-conceptuales de la prueba desde el punto de vista procesal, en lugar de entrenar al alumno en cómo organizar la actividad probatoria para ser persuasivo y entender el impacto en la psicología del juzgador.

Para desarrollar su destreza legal, el alumno debe vivir la experiencia completa de analizar casos, redactar cartas, solicitudes, denuncias, demandas e informes, y hacer una presentación oral de su caso frente a un jurado, asumiendo los roles que le son asignados.

NEGOCIACIÓN

Un abogado debe estar en aptitud de conocer y emplear eficientemente los diversos medios de solución de conflictos, entre los cuales se favorece la negociación. A fin de alcanzar este objetivo, debe familiarizarse no sólo con la estructura de cada uno de los medios de solución de conflictos, sino también con las técnicas que se emplean en cada uno de ellos para llegar a una solución que satisfaga plenamente los intereses de las partes.

El desarrollo de esta destreza legal debe enfatizar el entrenamiento vivencial y promover la asimilación de las diferentes técnicas a través de la práctica constante. Esta práctica se debe desarrollar a través de ejercicios que serán filmados y discutidos posteriormente, con el objeto de analizar errores y aciertos, para así, reflexionar y aprender de éstos.

Asimismo, con el desarrollo de esta destreza legal se debe lograr analizar el proceso de negociación y su implicancia ética. Se debe incre-

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿COFRADÍA O ARCHICOFRADÍA?

ALFREDO BULLARD – ANA CECILIA MAC LEAN

mentar la capacidad para examinar estrategias creativas de negociación y discernir qué estrategia es apropiada para cada situación. En síntesis, se debe desarrollar como una competencia la capacidad de generar confianza no por la habilidad para manipular la coerción del Estado en beneficio de sus clientes, sino por la capacidad de convencer a las partes de que una solución es adecuada para ambas.

Es claro para nosotros que lo que busca el mercado es un profesional crítico, creativo, con desenvolvimiento múltiple y versátil. En nuestra visión es la formación por competencias, bajo el modelo constructivista, la que garantiza esto al reducir la brecha entre la preparación académica y el mercado laboral, entre el “paraíso de los conceptos” y el “pantano de la realidad”.

7. CONCLUSIÓN

Una cofradía es una congregación o hermandad religiosa que forman algunos devotos, con autorización competente, para ejercitarse en obras de piedad.¹⁹ Por el contrario, una archicofradía es una cofradía más antigua o que tiene mayores privilegios que otras.²⁰

Cuando el alumno no pudo contestar qué era una cofradía era más que evidente para su examinador que no podría contestar qué era una archicofradía. Y era aún más evidente que era imposible que supiera la diferencia entre ambas. En la estrategia del jurado del examen, bastaba encontrar un concepto sin contenido para simplemente formular una secuencia de preguntas que resultaban de por sí imposibles de contestar.

¿Por qué el presidente del jurado escogió a las cofradías y archicofradías para probar la ignorancia del graduando? Quizás fue una simple coincidencia. Pero quizás la pregunta escondía algo más sofisticado. La cofradía es una organización religiosa en la que el factor aglutinante es un conjunto de misterios no explicables por la razón, sino por la fe. Pertenecer a una cofradía es ser cómplice del misterio religioso que la

¹⁹ Definición tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Existen otras acepciones de la palabra tales como gremio, compañía o unión de gentes para un fin determinado; en un vecindario, unión de personas o pueblos congregados entre sí para participar de ciertos privilegios; o junta de ladrones o rufianes. Pero a efectos de este trabajo, nos interesa la primera señalada en el texto.

²⁰ Definición tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 21-47

inspira, aunque no necesariamente comprenderlo. Es saber seguir los ritos sin que ello signifique comprender su utilidad. Una archicofradía es una hermandad más antigua, con más privilegios, y quizás con misterios más profundos.

Pero de pronto las preguntas del profesor guardaban tras de sí un significado más simbólico. Quizás implicaba decirle al graduando si sabía a qué tipo de organización iba a pertenecer si aprobaba el examen. Significaba decirle si quería pertenecer a la cofradía (o archicofradía) de los abogados, de la cual la enseñanza del derecho no es sino una suerte de rito de iniciación, en la que los misterios no dejan nunca de ser tales. Finalmente, es el secreto del misterio lo que mantiene a los miembros unidos. Descifrarlos sería el fin de todo. Por ello, el rito debe alejarse de la realidad para mantener su carácter misterioso. Debe ser oscuro y lejano. Pero debe parecer real para inspirar temor.

El reto es liberarnos de la cofradía y de las eternas discusiones para descifrar misterios indescifrables. Es mejor usar la misma energía para resolver problemas a la gente.

Finalmente es para esto último para lo que sirve el derecho.