

## INVESTIGACIÓN JURÍDICA, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

### I. *Introducción*

El presente trabajo es un intento de ofrecer una visión general de las nuevas líneas por las que se orienta la producción intelectual en el campo del derecho en América Latina. Siendo el derecho una parte fundamental de la estructura social, puesto que es no sólo un instrumento de control social sino que cristaliza los intereses y valores en juego, los resultados de esta actividad creadora pueden aportar enormemente al entendimiento de la realidad latinoamericana.

Con estas ideas en mente nos proponemos explicar las razones del surgimiento tardío de una investigación jurídica centrada en la vida real de la norma, en las manifiestas y ocultas funciones del sistema jurídico y, en algunos casos, preocupada por ofrecer una conceptualización jurídica adaptada a los requerimientos de nuestra sociedad. A continuación realizamos una especie de catálogo de los principales esfuerzos en esta línea, clasificados en tres rubros: crítica y reformulación del orden jurídico vigente, estudio científico del derecho y de sus funciones desde una perspectiva social y estudios de eficacia.

La enumeración y comentario de los trabajos que hemos considerado representativos de la nueva tendencia se circunscriben a Chile, Costa Rica y Perú, pues a través de diversos vínculos entablados a propósito de haberse establecido en estos países similares proyectos de reforma de las escuelas de derecho, hemos podido conocer su producción jurídica. Hemos excluido expresamente el caso del Brasil por razones lingüísticas. En lo tocante a los otros países del área, debido probablemente a falta de contactos directos y a una deficiente circulación de publicaciones, no nos ha sido posible detectar labores de investigación del tipo indicado.

### II. *Filosofía del derecho y tipo de investigación*

Cuando estudiamos la importancia de la investigación jurídica en Latinoamérica y el tipo de esta investigación, no puede dejar de mencionarse la influencia del concepto que los hombres de derecho han tenido del derecho mismo. En este sentido, puede decirse que las corrientes de filosofía del

derecho que han predominado en Latinoamérica son en cierta forma responsables de la forma como se ha llevado a cabo la investigación. Pero, a su vez, la vigencia de estas corrientes tiene relación con ciertas situaciones histórico-sociales que es preciso explicitar.

Ante todo, conviene hacer una precisión. Cuando nos referimos a las escuelas jusfilosóficas que han tenido relación con la investigación, hablamos de aquellas ideas sobre el derecho y sobre la justicia que efectivamente han estado presentes en el trabajo real de los juristas, antes que a las construcciones más o menos brillantes de filósofos del derecho aislados. Dejemos así de lado a aquellos pensadores que, aún habiendo desarrollado sistemas interesantes desde el punto de vista teórico, no han tenido repercusión en el derecho efectivamente vivido.

Dos grandes tendencias dominan la conciencia jurídica latinoamericana: de un lado, el jusnaturalismo, con marcado acento liberal, representado muchas veces por los sectores católicos; de otro lado, el positivismo y, en particular, la doctrina de Kelsen en los últimos tiempos. Paralelamente a estas dos tendencias, encontramos un gran número de pensamientos singulares que presentan un carácter exótico para el jurista y que, bajo impresionantes etiquetas de "existencialismo jurídico", "vitalismo" u otras similares, solamente han tenido influencia real en la medida que han sido entendidos como una posición ecléctica que pretende reunir el jusnaturalismo y el positivismo. Por consiguiente, para los efectos de analizar la situación de la investigación jurídica, creemos importante limitarnos a examinar fundamentalmente el rol del jusnaturalismo y del positivismo.

Durante el siglo pasado, predomina largamente la filosofía del derecho de Heinrich Ahrens<sup>1</sup>. Es verdaderamente un hecho extraordinario la importancia en América Latina de este filósofo alemán, discípulo de Krause, de escasa figuración en su país de origen. Es ampliamente leído en Latinoamérica, desde México al Perú e incluso en el Brasil. Sus obras sirven de texto en las Universidades; y liberales y conservadores se disputan entre ellos el mérito de ser más fieles al pensamiento de Ahrens. Resulta indudable que la acogida de este filósofo extranjero en forma tan general no obedezca al mero azar: la filosofía del derecho natural ecléctico de Ahrens corresponde a un cierto grado de la evolución social y coloca al derecho dentro de una función social específica. En efecto, Ahrens pretende conciliar valores aparentemente opuestos; y al hacerlo permite justificar a ciertos grupos sociales que si bien quieren modernizar el país, no están dispuestos a perder sus privilegios. Es así como Ahrens reúne la libertad innovadora con la tradición, el fortalecimiento del Estado con su limitación, la exaltación de los valores

<sup>1</sup> Ahrens, Enrique. *Curso de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho*, 5ª Ed. Librería de Ch. Bouret, París, México, 1880.

individuales con el peso de la historia que avala a ciertos grupos sociales tradicionales; en una palabra, modernización conservadora. En síntesis, Ahrens considera que la libertad —ese nuevo valor que aparece con carácter revolucionario— es buena, pero no en sí misma; lo es en la medida que se trate de libertad para actuar bien. En consecuencia, la idea de libertad está sometida a la idea de bien. Y el bien es la armonización de los grupos sociales, valores e instituciones que la historia ha producido.<sup>2</sup> En esta forma, un cierto grado de modernización es posible, siempre que no altere sustancialmente la estructura tradicional; la condición del cambio es que éste sea el resultado de una adaptación que conserve y armonice los valores tradicionales antes que el resultado de una revolución que los destruya. El Estado debe ser fuerte, pero sólo en tanto que mediador entre el individuo y su destino social (constituido por la historia y la tradición).<sup>3</sup> El derecho es el instrumento mediante el cual se organiza la sociedad bajo estos principios: cautela la libertad individual pero también cautela los valores tradicionales que a su vez sustentan una estratificación social derivada de la sociedad anterior.

Desde esta perspectiva, la investigación se reducía en el mejor de los casos a estudios filosóficos sobre los fundamentos morales del derecho. En general, estos estudios se tenían por ya realizados en Europa y, dado que la filosofía pretende alcanzar verdades universales, no había razón para repetir en Latinoamérica investigaciones de esta naturaleza; bastaba adoptar un sistema filosófico adecuado —como el de Ahrens— y limitarse a divulgarlo. De otro lado, los juristas estuvieron preocupados primordialmente por la creación de las normas legales que necesitaban las nuevas repúblicas, antes que por un análisis del derecho vigente. Dentro de esta línea, la primera mitad del siglo XIX fue dedicada a la elaboración de constituciones: ante todo, había que definir la lucha por el poder para luego, en un segundo momento, organizar las relaciones entre los ciudadanos a través de códigos. E incluso estos últimos fueron, en la mayor parte de los casos, traducciones o transcripciones más o menos literales de los códigos europeos.

La ideología jusnaturalista de Ahrens corresponde a una situación social en la que los grupos tradicionales quisieran importar una "sociedad moderna", pero a condición de que esa nueva sociedad no los colocara en cuestión a ellos mismos. Por eso, era preciso una filosofía del derecho que acogiera la idea de libertad, la idea de progreso y estableciera las bases de un cierto desarrollo capitalista; pero, al mismo tiempo, dicha concepción del derecho debía limitar la iniciativa individual de manera que ésta no pudiera franquear las barreras culturales que protegían la situación social de las clases tradicionalmente privilegiadas. Por consiguiente, se trataba de que el derecho

<sup>2</sup> *Op. cit.*, pp. 55-59.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 81.

facilitara un proceso de adaptación a las formas capitalistas, sin quiebra de la estructura social vigente ya que el cambio era dirigido por las clases tradicionalmente altas. Este proceso se ajustaba perfectamente a las necesidades del capitalismo internacional, que aprovechaba el subsistema incorporando su producción económica a los mercados mundiales y valiéndose de las clases "modernizadoras" para representar en el interior del mismo a los intereses extranjeros.

La estructura socioeconómica antes descrita no se modificó fundamentalmente durante el presente siglo. Sin embargo, se produjeron cambios notables en las modalidades y medios a través de los cuales se ejerció la dependencia respecto del exterior y la dominación de las clases dirigentes nacionales. Estos cambios originaron a su vez enfoques bastante diferentes en materia de derecho. En el transcurso del siglo pasado, las clases que controlan económicamente al país utilizan todavía personas "poco confiables" para que los representen en la función política: caudillos militares, abogados y otras personas de una clase media o burocrática incipiente, cuyos intereses coinciden con el de las clases altas pero que no necesariamente se identifican con los de ellas, se encargan del gobierno. Frente a ellas, la filosofía jurnaturalista constituye un canal de acción y un instrumento de control: el gobierno puede utilizar las leyes para alentar la iniciativa privada y para favorecer la acumulación privada de riqueza que, a su vez, se suponía que debía generar el progreso económico; pero los gobernantes no debían olvidarse que estaban limitados por las leyes divinas y por el respeto a la historia. Así, la ley era el mandato de la autoridad, pero la autoridad no podía mandar cualquier cosa sino que el derecho natural la obligaba a respetar aquellos elementos que garantizaban la permanencia de la estructura social vigente.

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, ciertos sectores más dinámicos de las clases dirigentes deciden ejercitar directamente el poder político. Ésta es la época en que se constituyen movimientos políticos, tales como el Partido Civilista en el Perú, que agrupan a los elementos más influyentes en las diferentes actividades económicas y a una clase media cada vez más estrechamente ligada a los intereses "modernizadores". A partir de este momento, las ideas de libertad, progreso, iniciativa individual, etcétera, no inspiran ya el temor de que puedan alterar la estratificación social, dado que las clases altas controlan la acción del gobierno y la producción de nuevas leyes. Se siente cada vez menos la necesidad de limitar el poder político mediante filosofías del derecho que señalan instancias superiores a la voluntad de los gobernantes. Y es así como la filosofía del derecho natural se encuentra sustituida por el positivismo. El Estado no requiere ahora de un "control filosófico" sino que debe ser fortalecido a fin de reforzar el programa "modernizador" que las propias clases altas llevan a cabo. Los

primeros síntomas de un cambio en la concepción del derecho se muestran como rechazo a la fundamentación metafísica de lo jurídico y como un gran escepticismo frente al derecho natural. Posteriormente, la escuela analítica inglesa y, en particular, las ideas de Austin prevalecen indiscutiblemente: el derecho es la voluntad del legislador, cualquiera que ésta sea. En consecuencia, no tienen sentido los estudios filosóficos sobre el derecho: hay que acentuar el estudio de las normas legales vigentes. Después de 1930, esta tendencia se consolida con la divulgación generalizada del pensamiento kelseniano cuya teoría "pura" castra definitivamente el derecho de toda reflexión que sobrepase los límites del texto legal. La investigación jurídica resultante de los nuevos enfoques sobre el derecho es esencialmente formalista. Habiendo reducido el derecho a la norma legal, sólo es posible hacer "ciencia jurídica" si la investigación se limita a la exégesis. Ya hacia fines del siglo pasado aparecen en América Latina algunas obras exegéticas de juristas, principalmente bajo la forma de tratados. En su mayor parte, estos trabajos copian el estilo y la orientación de los realizados por los juristas franceses o alemanes. Su propósito no es verificar la operatividad de la norma legal dentro del medio social sino simplemente explicar dichas normas a la luz de la totalidad del sistema normativo y con la ayuda de instrumentos lógicos (instituciones) construidos en base a la arquitectura conceptual del orden jurídico. Por consiguiente, la investigación se reduce a la elaboración de "doctrinas" jurídicas, es decir, pautas abstractas y formales de interpretación. De otro lado, acorde con una línea de uniformización "modernizadora", se da mucha importancia al derecho comparado. La realidad social subyacente no se estudia porque es "meta-jurídica": el derecho es una ciencia de normas y la investigación debe limitarse a explicar y concordar esas normas.

Es bastante significativo que, aun cuando Latinoamérica copiaba en muchos aspectos las ideas europeas y hasta cierto punto las norteamericanas, no recibieran acogida aquí corrientes tales como la escuela de derecho libre, la jurisprudencia de intereses, las tendencias sociologistas y el realismo jurídico norteamericano, que estuvieron muy en boga en Europa y Estados Unidos en las primeras décadas de este siglo. Indudablemente, estas ideas hubieran producido una apertura de la investigación jurídica hacia la realidad social en la que opera el derecho; de manera que la falta de recepción de estas corrientes revela algún aspecto profundo del papel del derecho en la sociedad latinoamericana. El tema merece ser estudiado. Entretanto, podemos aventurar una hipótesis. Paralelamente al proceso de modernización y como resultado de éste, las divisiones de las clases sociales se acentuaron considerablemente. La distancia se hizo aún más grande entre un sector deprimido, que vivía todavía dentro de los patrones tradicionales, y una burguesía europeizante; y en el interior de cada uno de estos grupos, diferentes intereses separaban radicalmente a los individuos. En estas condiciones, la

dominación de las clases dirigentes hubiera exigido un precio de tiranía y opresión muy alto si hubieran tenido que imponer sus intereses directamente sin el tamiz del orden jurídico y si no se daba algún tipo de respuesta a las demandas crecientes de las clases desposeídas. Por esta razón, resultaba más prudente para los grupos dirigentes encubrir los conflictos sociales bajo un ropaje jurídico a fin de manipularlos más asépticamente a través del Estado; en esta forma, los problemas sociales no se manifestaban en toda su crudeza sino que eran transpuestos en problemas jurídicos manejables a través de categorías lógicas. Dentro de este orden de ideas el diálogo directo de los intereses en juego —conforme lo preconizaba la jurisprudencia de intereses— sin la mediación de la conceptualización jurídica formal hubiera resultado subversivo en un país de marcadas diferencias sociales; en cambio, en aquellos países en que efectivamente o ideológicamente se había logrado una cierta homogeneidad (particularmente, en el caso de Estados Unidos), estas ideas que abrían la puerta a la realidad fáctica facilitaban un funcionamiento aún más eficiente de la maquinaria social establecida.

Sin embargo, el triunfo antes señalado del positivismo no fue definitivo, en la misma medida que tampoco lo fue el triunfo político de la burguesía naciente sobre las demás clases sociales. Frente al positivismo surge una reacción jusnaturalista de tipo neotomista. Esta corriente es impulsada, primero, por los sectores más tradicionales que se sintieron desplazados por la burguesía modernizadora, pero además, esta misma burguesía recurre al neotomismo cada vez que peligra su control del Estado. Los movimientos populares que se hacen cada vez más presentes en la medida en que se producen los fenómenos paralelos de movilización social<sup>4</sup> y de concientización política clasista, obligan a regresar a un tipo de filosofía del derecho que permita limitar el Estado y garantizar frente a éste los derechos individuales. Es obvio que el positivismo carecía de estos mecanismos de defensa del orden establecido a nivel sustantivo; la garantía positivista es meramente formal y se limita a establecer condiciones procesales con relación a la validez de las leyes. El derecho natural permite llenar al vacío a través de

<sup>4</sup>“En la medida en que la gente es desarraigada de su aislamiento físico e intelectual en sus localidades inmediatas, de sus viejos hábitos y tradiciones, y a menudo de sus viejos patrones de ocupación y lugares de residencia, experimenta drásticos cambios en sus necesidades. Pueden empezar a requerir medidas que atiendan sus necesidades de habitación y empleo, de seguridad social contra enfermedades y vejez, de cuidado médico contra el azar de las enfermedades de sus nuevos asentamientos y lugares de trabajo, así como atención a los riesgos de accidentes en el uso de la maquinaria industrial. Pueden necesitar auxilio contra el desempleo cíclico o estacional, contra rentas o intereses opresivos y contra fluctuaciones agudas en los precios de los productos de primera necesidad que deben vender o comprar. Necesitan instrucción para ellos y educación para sus hijos. Necesitan, en pocas palabras, una amplia gama y vastas cantidades de servicios gubernamentales”. Deutsch, Karl, *Social mobilization and political development*, en “*American Political Science Review*”, IV, sept., 1961, p. 498.

una amplia gama de matices: Del Vecchio, Stammles, Dabin y otros se convierten en los mentores de la tradición jurídica amenazada de desaparecer. Sin embargo, es interesante señalar que cuando la burguesía modernizadora retoma el jusnaturalismo, le imprime un carácter ecléctico. De un lado, esta burguesía requiere para el desarrollo capitalista de la seguridad jurídica que le proporciona el positivismo con su doctrina de la ley; pero de otro lado, le hace falta sustraer a la acción del Estado sus propios privilegios y para ello requiere asegurarlos como derechos subjetivos anteriores al Estado mediante la doctrina jusnaturalista de la justicia. El nuevo jusnaturalismo pretende conciliar ambos extremos y, por consiguiente, limita el poder creador de leyes del Estado pero acepta la absoluta validez de la ley una vez que ha sido creada; esto permite evitar mayores distorsiones en la protección de los derechos individuales, que hubieran podido darse a través de una aplicación más libre de la ley en países con marcada oposición de intereses.

De lo expuesto puede apreciarse que la filosofía del derecho en Latinoamérica ha oscilado durante los últimos años entre dos extremos, positivismo y jusnaturalismo, ambos poco favorables a una percepción más clara del papel del derecho en la sociedad y a una investigación en tal sentido. Ambos extremos representan los mismos intereses, pero en momentos y circunstancias diferentes. Es interesante anotar que los puntos en común entre estas dos corrientes aparentemente opuestas son muchos, no solamente a nivel social sino incluso a nivel filosófico. En ambas existe una notoria influencia kantiana que, de un lado, orienta al positivismo sociológico y, de otro lado, modera la preocupación jusnaturalista por la justicia exigiendo que se acepte la validez formal del orden jurídico establecido. La distinción kantiana entre ser y valor se encuentra subyacente un tanto primitivamente en el positivismo jurídico y en el neotomismo. En esta forma, la herencia del pensamiento kantiano —vía positivismo jurídico— genera un sistema de derecho formal, lo suficientemente abierto como para que sus contenidos varíen con el proceso de modernización; pero, al mismo tiempo, condiciona el tipo de modernización al fijar los lineamientos de lo que debe ser entendido como derecho: autonomía frente a lo político-social, generalización o universalización de sus normas, la coerción como base de su aplicación, la necesidad de un cuerpo especializado y técnico de profesionales que lo administren, etcétera; todas características que corresponden a las exigencias de la sociedad liberal-capitalista. Por su parte, el neotomismo coincide con todos estos planteamientos y su única distinción fundamental frente a los positivistas es su mayor preocupación por la defensa de los derechos individuales. Es así como el neotomismo —a diferencia del tomismo clásico— presenta un criterio externo de evaluación de las leyes —la justicia— sólo al nivel de *creación* de orden jurídico; la justicia es un elemento que

el *legislador* debe tomar en cuenta. En cambio, frente a las leyes en vigencia, el positivismo y el neotomismo expresan planteamientos sorprendentemente similares, a los que el neotomista agrega solamente un "deseo" de que la ley sea cambiada en el futuro si la considera injusta.

Esta caracterización de la realidad socioeconómica de América Latina, con su consecuente utilización de un tipo de ordenamiento jurídico y con su coincidente elaboración doctrinaria, está en la base de la ausencia de una investigación jurídica centrada en el hecho, en la vida del derecho y, sobre todo, en la función real del aparato legal.

No fueron, ciertamente, los grupos dominantes económicamente los que elaboraron directamente las doctrinas jurídicas que comentamos, ni en este ni el pasado siglo. Fueron más bien profesionales del derecho, en particular jueces y abogados, los que establecieron las bases doctrinarias de la estructura legal, los que manipularon ésta y los que, asimismo, realizaron una labor de creación intelectual a partir de este aparato. Este personal del sistema legal, que era el que realizaba el trabajo académico en el campo del derecho, había internalizado sus papeles de la manera más adecuada para la persistencia del sistema con el que trabajaba. Los abogados y los jueces, de entre quienes se reclutaban los profesores de derecho, se percibían como meros aplicadores de leyes y principios que consideraban más o menos inmutables, conforme lo hemos señalado al apuntar las sorprendentes similitudes entre el positivismo y el neotomismo ante las leyes vigentes. Esta actitud llegaba a asignar una cierta connotación moral a ciertos principios como los de la libertad contractual, los de los derechos adquiridos, los correspondientes a la propiedad privada, etcétera. Se trataba —y se trata— de un caso de socialización en determinados roles que por estar insertados en una estructura de dominación convierte a sus actores en agentes de la dominación, a veces aun sin quererlo. A esto hay que agregar los casos de pertenencia a las clases dominantes de muchos abogados y jueces y la prevalencia de cierta concepción de la actividad profesional.<sup>5</sup>

Que la actividad de creación doctrinaria es un subproducto de la actividad profesional, es decir, del personal del sistema legal conforme ha sido tipificado en el párrafo precedente, se corrobora si se tiene en cuenta el ambiente en el que se ha movido la actividad universitaria en el campo del derecho en América Latina. La enseñanza universitaria en este terreno es probablemente una de las más "profesionalizantes" de Latinoamérica. Los diversos rasgos de una actividad intelectual organizada en torno de un área del saber científico han estado —y están— casi ausentes de la mayoría de escuelas de derecho. No existen casi profesores a tiempo completo, los alum-

<sup>5</sup> La participación directa de los hombres de derecho en la elaboración misma de las normas legales se pone en evidencia si se tiene en cuenta la preminencia que hasta hoy tienen los abogados en los parlamentos latinoamericanos.

nos no se dedican exclusivamente al aprendizaje en la Universidad y la investigación no es parte de los requerimientos planteados a los profesores. Los profesores son reclutados del mundo profesional. Cuanto más exitosa la carrera de un abogado mayor el interés de una escuela de derecho de atraerlo hacia sus claustros. Los abogados —o jueces— tienen también su interés personal en la enseñanza. Es un símbolo de prestigio y, a la larga, puede significar mejores posiciones en el terreno profesional. En este contexto, la investigación no es una exigencia para la mantención o el mejoramiento de su *status*. Éste depende de su éxito como abogado o como juez. En el mejor de los casos algunos profesores publican con formato de libro su curso universitario o, en los casos de mayor vocación intelectual, como ya ha sido dicho, concentran sus energías en la preparación de obras de dogmática jurídica, trabajos de carácter “doctrinario” que, en algunas ocasiones, son vehículos de aumento del prestigio profesional.

Los estudiantes no son tampoco estudiantes a tiempo completo. En muchas escuelas de derecho se ofrecen clases sólo en las mañanas, en expreso reconocimiento de que el 50% de la formación —e incluso más en opinión de los mismos estudiantes— es obra de la práctica en los estudios de abogados o en los departamentos legales de oficinas públicas o privadas.

### III. *Un nuevo tipo de investigación*

A partir de los inicios de la década del sesenta, pero muy particularmente en los últimos cinco años, viene observándose una inusitada actividad creadora en el campo del derecho en América Latina, que no sólo ha impulsado una preocupación por una investigación jurídica que vaya más allá de la exégesis y el comentario bibliográfico y que se adentre en la vida y funciones del sistema jurídico, sino que también ha generado una preocupación por redefinir el papel del derecho en las peculiares circunstancias de la realidad latinoamericana.

Las causas de este cambio son muchas. En primer lugar, debe destacarse el surgimiento de regímenes políticos radicalmente distintos a los que operaban anteriormente y que, en su desenvolvimiento práctico y en el nivel de la reflexión de sus partidarios y adversarios, han conducido a una discusión de las bases mismas sobre las que se asentaban anteriormente, señaladamente del papel del derecho. Coincidentemente, diversos procesos de reforma de la enseñanza del derecho emprendidos en varios países de la región han conducido al establecimiento de cuadros de profesores estables quienes, paulatinamente, han empezado a preocuparse por formas novedosas de aportar a la polémica sobre el papel del derecho y se han orientado hacia la realización de investigaciones empíricas y hacia formulaciones de tipo

teórico sobre el papel del derecho en la sociedad. El arsenal de ideas que estos intelectuales del derecho tiene a mano es bastante variado: participan tanto de inclinaciones empiristas como las que asediaron la sociología de los años cincuenta, como de las corrientes actuales de los otros científicos sociales latinoamericanos preocupados por estudios comprensivos, cualitativos y comprometidos; se utiliza un jusnaturalismo de izquierda por unos y se estudian y adaptan diferentes escuelas marxistas y similares por otros. Asimismo, existe un interés evidente por aquellas corrientes teóricas que no fueron asimiladas por el derecho latinoamericano al momento de su aparición en Europa y Estados Unidos: la jurisprudencia de intereses, el realismo norteamericano, la jurisprudencia sociológica. Sin embargo, la actual recepción de estas corrientes se produce dentro de condiciones sociales, políticas e ideológicas muy distintas de aquellas que existían en sus países de origen. En consecuencia, los resultados de dicha recepción presumiblemente serán también muy diferentes. En principio, estos planteamientos son utilizados fundamentalmente como arma crítica contra el formalismo jurídico pre-existente; se integran como parte de una estrategia de resquebrajamiento del derecho tradicional. Pero ello no significa que proporcionen las bases teóricas necesarias para un nuevo concepto de derecho. Por el contrario, existe en muchos de los cultores de esta nueva aproximación al estudio del derecho un rechazo al positivismo sociológico subyacente en dichas corrientes; su conformidad con los valores sociales —y no solamente “jurídicos”— predominantes en una sociedad dada se encuentra sustituida por una actitud crítica que intenta enjuiciar las bases mismas de dicha sociedad. Dentro de esta línea, la repercusión del sociologismo sobre una buena parte de los trabajos de investigación se limita a sensibilizar a los juristas respecto a las relaciones sociales subyacentes a la relación jurídica y, en general, respecto a la inserción del derecho y de su propio papel como juristas dentro de la totalidad de la praxis social.

La manera concreta y los grados en que esta aproximación se plasma en la producción intelectual la apreciaremos al comentar los diversos trabajos que hemos analizado. La coyuntura específica de América Latina en la que han surgido les confiere un rasgo común: su deseo de aportar al debate sobre el papel del derecho, desde posiciones que se limitan a evaluar determinadas instituciones jurídicas para recomendar explícita e implícitamente su modificación hasta las que apuntan expresamente a aportar una nueva conceptualización jurídica para la realidad latinoamericana. El grado de aspiración a ofrecer resultados de tipo generalizable, la medida en que hay una preocupación por inferir principios generales sobre la relación derecho-sociedad observables en América Latina se indicará también, como comentario, en cada caso.

1. *Crítica y reformulación del orden jurídico vigente.* Enfocaremos el contenido y significado de este tipo de reflexión a partir de un artículo específico: Eduardo Novoa. Hacia una nueva conceptualización jurídica, en "Cuadernos de la Realidad Nacional", Revolución y Legalidad: Problemas del Estado y del Derecho en Chile, Nº 15, diciembre de 1972, pp. 203-222. Este artículo de Novoa fue publicado junto con otros 17 ensayos en un número especial de la revista "Cuadernos de la Realidad Nacional", que edita en Chile el Centro de Estudios de la Realidad Nacional (CEREN) de la Universidad Católica de Chile. El presente año el CEREN ha publicado un segundo libro en el área que el mismo centro denomina jurídico-institucional, en el que se contienen cinco ensayos sobre el tema de la justicia en Chile (véase "Sobre la justicia en Chile", *Ceren-EUV*, 1973).

Ambos esfuerzos editoriales, así como el Seminario Internacional sobre Estado y Derecho que organizara el "Ceren" en enero del presente año, forman parte del esfuerzo realizado por esta institución "por lograr una acumulación teórico-empírica sobre los problemas del Estado y del derecho en Chile".

La mayoría de estos trabajos se ubican en la perspectiva teórica que busca revisar a la luz de los requerimientos actuales de América Latina las construcciones y sistematizaciones jurídicas que han servido para la consolidación de nuestra actual situación social y económica o que, por lo menos, han estado asociadas al desarrollo de un tipo de organización económica cuyos resultados están a la vista.

Hemos escogido para comentario el artículo de Novoa no sólo por las calidades personales y académicas de su autor, presidente del Consejo de Defensa del Estado en Chile por añadidura, sino también por constituir uno de los trabajos que en esta línea se ubica en una perspectiva general y comprensiva.

Entre sus propuestas más interesantes y que gravitan sobre el corazón mismo del sistema jurídico imperante en casi todos los países de América Latina figuran las vinculadas a la contratación y a la responsabilidad. Sobre la contratación sugiere Novoa que el derecho, como instrumento de organización social utilizable en el proceso de implantación de una sociedad socialista, debe establecer limitaciones a la libertad contractual: así como el derecho de dominio, la libertad contractual no puede oponerse a los intereses generales, por lo que los derechos y obligaciones emanados de ella son intangibles en la medida en que no se opongan a esos intereses generales. En cuanto a la responsabilidad personal, cree Novoa que en una sociedad socialista o que por lo menos se encamina hacia una sociedad socialista, la responsabilidad personal no puede limitarse a las acciones violatorias de prohibiciones legales, sino que debe alcanzar a las acciones y omisiones que constituyan

un lastre o un atentado contra la diligencia que cada persona debe a la comunidad, a los demás y a la tarea toda de construcción socialista.

También cabe mencionar su desarrollo del problema de las nacionalizaciones y de sus concomitantes jurídicos. Como la nacionalización es una recuperación, lo que sea necesario pagar a los afectados por la medida no tiene por qué ser una compensación equivalente al valor de los bienes. El concepto de rentabilidades excesivas debe acompañar a todo el aspecto "a futuro" que supone la figura de la nacionalización. Mediante este concepto se procura que "las utilidades muy superiores a rentabilidades normales que hubieren obtenido las empresas extranjeras en los últimos quince años, serán restituidas al país, descontándolas de la indemnización que se les hubiera de pagar por la nacionalización de sus bienes". Este principio lo basa el autor en las figuras de la nulidad del acto jurídico por vicio de consentimiento y en el enriquecimiento indebido, instituciones del derecho privado de amplia aceptación cuando se trata de su aplicación a relaciones entre personas naturales. Con mucha mayor razón se ha de aplicar estos principios cuando una de las partes contratantes es el Estado, tras el cual se halla el interés de todo el pueblo.

El trabajo de Novoa, que hemos resumido sucintamente en sus partes que nos han parecido más fecundas, es un ejemplo de todo un tipo de reflexión en el campo del derecho que se viene observando en algunos países de América Latina. No se trata del comentario doctrinario ni de los resultados de una investigación sistemáticamente conducida. Pero creemos que debe considerarse como uno de los capítulos más importantes de la producción jurídica latinoamericana. Como no siempre existe el tremendo estímulo de la situación política chilena y como tampoco es fácil reunir hombres de derecho en número suficiente como para que con sus ensayos se puedan armar publicaciones de envergadura, no es infrecuente que el artículo periodístico o de revista sea la forma típica de la producción en esta línea.<sup>6</sup>

Dada la situación política chilena, en la que la mayoría parlamentaria opuesta al programa de la Unidad Popular desdibuja la construcción del socialismo, en que ésta está empeñada, la reflexión jurídico-política asume caracteres interesantes. Existiendo el sector privado de la economía, siendo las relaciones interpersonales de un inequívoco carácter capitalista, funcionando las instituciones políticas típicas de la situación previa a 1970, el

<sup>6</sup> Véase Gutiérrez, Carlos José, *Un Derecho para el desarrollo*, en "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado", Tegucigalpa, Honduras, N° 9, 1968-69; Novoa, Eduardo, *¿Justicia de clase?* en "Mensaje", Santiago de Chile, N° 187, marzo-abril, 1970; Pasara, Luis, *La crisis del Poder Judicial*, en Diario "Expreso" de Lima, 3 de octubre de 1971; Zolezzi, Lorenzo, *Revolución, jueces y abogados* en Diario "Expreso" de Lima, 8 de octubre de 1971, etc., etc.

juego del derecho prerevolucionario se deja proseguir. Mientras, el Estado trata de asumir el control directo, o se trata de implantar el control social, de los puntos claves de la economía. Esta acción social y estatal directa requiere de una nueva conceptualización jurídica (y allí tenemos la profunda reflexión de Novoa sobre la nacionalización), pero al mismo tiempo, esta acción en su relación con la acción del sector privado requiere también de nuevas formas de derecho (recordemos las reflexiones comentadas sobre la libertad contractual), así como la acción por su cuenta del modo de producción capitalista y de las relaciones interpersonales que se mueven en este ámbito necesita una normatividad que le permite al Estado mantener control de proceso (y de allí la reformulación por Novoa de la figura de la responsabilidad personal).<sup>7</sup>

Un excelente ejemplo de la aplicación de la investigación empírica al servicio del esfuerzo por encontrar nuevas fórmulas de organización jurídica es el trabajo:

*Pobladores: del legalismo a la justicia popular*, Rosemond Cheetham, Santiago Quevedo, Gastón Rojas, Eder Sader y Franz Vanderschueren, Santiago, Centro Interdisciplinario Urbano y Regional (CIDU), Universidad Católica de Chile, 1972, 347 pp.

En enero de 1971 la Unidad Popular presentó al Parlamento el proyecto de creación de los tribunales vecinales y lo retiró en marzo del mismo para evitar un rechazo de la oposición. El estudio que comentamos se propuso "contribuir a visualizar la factibilidad de una justicia popular en el área poblacional del Gran Santiago". Como la investigación se hizo posible gracias a un convenio entre el Ministerio de Justicia y el CIDU, que se firmó a comienzos de 1970, es de presumir que este trabajo científico permitió refinar el proyecto y asentarlo sobre un cabal conocimiento de la realidad social sobre la que debería operar, aun cuando la publicación del informe final es muy posterior.

El informe que nos ocupa constituye la síntesis de una encuesta de opinión que se propuso: apreciar la imagen que tienen los pobladores del vigente sistema de administración de justicia, la concepción que tienen de la autoadministración de justicia y, finalmente, la opinión que tienen del proyecto de creación de tribunales vecinales.

Para los efectos de la muestra se discrimina entre los asentamientos que responden al tipo que en Santiago se conoce como "operación sitio" ("conjuntos poblacionales que se han encaminado a la solución de sus problemas de vivienda por las vías previstas institucionalmente") de los llamados "campamentos" ("conjuntos poblacionales que han buscado tal solución a través

<sup>7</sup> Véase Viera Gallo, José A., *Derecho y socialismo* en "Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y del Desarrollo", Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1973.

de un choque directo con el sistema instituido, utilizando fórmulas de intento de consolidación urbana que entran en conflicto con la legalidad existente"). Se tomaron 400 casos, 151 correspondientes a campamentos y 249 provenientes de poblaciones "operación sitio". En esto, como en todo lo demás, el estudio se mueve a través de la utilización de refinados recursos metodológicos.

En sus aspectos sustantivos el estudio nos ofrece un interesante panorama de las opiniones de los pobladores sobre los problemas estudiados, con determinadas instancias de explicación causal y de comprobación y gestación de hipótesis de lo más sugestivo. Así por ejemplo, se halló que existía entre los entrevistados una tendencia a diluir los límites entre la justicia y la política (un 77.6% de los entrevistados consideró que el hecho que un niño muera de hambre es un asunto que tiene que ver con la justicia), se constató un alto índice de aceptación de una "nueva legalidad" que legitimaría la transgresión a la propiedad privada en nombre de las necesidades colectivas, se descubrió la asociación que hacen los pobladores entre la distribución de bienes y servicios dentro de la comunidad y determinadas formas de intervención de la "justicia" (los propios pobladores deberían juzgar problemas de equipamiento de la población como alcantarillado, agua, etc.). Entre las explicaciones causales cabe mencionar aquella que vincula la imagen de justicia del poblador con el tipo de población en que reside y con el partido político que le da su formación política.

2. *Estudio científico del derecho y de sus funciones desde una perspectiva social.*<sup>8</sup> Dada la urgencia de aportar el aspecto jurídico a la polémica y al proceso de construcción nacional que angustia a los especialistas del derecho, los esfuerzos por conducir investigaciones que generen una teoría sobre las relaciones entre el derecho y la sociedad en la subregión latinoamericana han sido poco sostenidos y poco extendidos.

A) *El proyecto multinacional en Chile, Costa Rica, México y Perú.* Diversos intelectuales en el área del derecho han emprendido en colaboración y bajo el patrocinio de la Universidad de Stanford, Estados Unidos, una investigación que apunta al desentrañamiento de la estructura y papel del derecho ante determinados cambios experimentados en la estructura social. La investigación abarca un período más o menos dilatado de tiempo para poder apreciar con más claridad la "respuesta" del derecho ante los fenómenos sociales, habiéndose escogido el lapso que va desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, de manera más precisa el período 1945-1970. Asimismo, se busca la caracterización de los cambios "globales" ocurridos

<sup>8</sup> La palabra "científico" es utilizada en este y otros acápites para señalar al tipo de estudios que pretende inducir generalizaciones de tipo teórico.

en la región en ese período a través del empleo de una serie de indicadores convencionales obtenibles en los censos nacionales y estudios similares. Se ha evitado de manera sistemática referirse a este proceso como de desarrollo porque, como se ha visto anteriormente, la mayor parte de esta nueva corriente de investigación en derecho, evita caer en la trampa que puede tender la adhesión a un sociologismo acrítico, a partir del cual habría que determinar en qué aspectos y en qué medida el derecho latinoamericano no ha sido funcional para el proceso de un presunto desarrollo ocurrido en la región, con el objeto de perfeccionarlo para que sea un mejor instrumento de ingeniería social.

En cuanto al análisis del sistema legal propiamente dicho, la investigación comprende dos dimensiones: la estructural, en la que se tratará de apreciar la evolución del trabajo judicial y en cierta medida de la actividad administrativa, legislativa e, incluso, la notarial. Esta parte se realizará también con base en fuentes estadísticas, con una considerable carga en la generación de las mismas, en la medida en que estas áreas han estado ausentes de la limitada actividad de recopilación estadística realizada en nuestros países. Finalmente, la investigación tratará de concentrarse en el funcionamiento del sistema legal en cuanto mecanismo de manejo de conflictos sociales, habiéndose seleccionado los conflictos trabajador-patronales y los conflictos agrarios.

El sistema de análisis será el siguiente: primero habrá que organizar el área conflictiva a estudiar, con la recopilación y creación de estadísticas y con el estudio de fuentes legales y bibliográficas conexas. Luego habrá que seleccionar una muestra de conflictos específicos a ser estudiados, como un cierto número de huelgas o de conflictos colectivos de trabajo o de toma e invasión de fundos, para después aplicar a cada caso un modelo de funcionamiento del sistema legal que permita no sólo determinar inductivamente las fronteras del sistema legal sino fundamentalmente la forma cómo se pone en movimiento el sistema legal ante determinado conflicto, que no es necesariamente jurídico, la manera en que lo jurídico juega en la estructura social como mecanismo de respuesta política y el grado de interacción entre lo jurídico, lo económico y otras instancias sociales.<sup>9</sup>

B) *La teoría de la dependencia.* Desde hace algunos años viene acumulán-

<sup>9</sup> La universidad de Stanford se encuentra preparando en estos momentos un volumen que habrá de contener el diseño de la investigación, mientras el trabajo de campo va desarrollándose en los diversos países que comprende el estudio. Cabe señalar que parte del proyecto abarca también a dos países europeos, España e Italia, pertenecientes al mismo sistema jurídico que el latinoamericano. El director de la investigación es el profesor John M. Merryman y participan en él los profesores Lawrence Friedman (EE.UU.), Edmundo Fuenzalida (Chile), Carlos José Gutiérrez y Ricardo Marbottle (Costa Rica), Miguel Wionczeck y Luisa María Leal (México), Lorenzo Zolezzi (Perú), José Juan Toharia (España), Sabino Cassese y Stefano Rodotà (Italia).

dose en América Latina un impresionante volumen de trabajos de tipo teórico, aunque no han faltado intentos de investigación empírica, que constituyen lo que podría llamarse teoría de la dependencia. Véase sobre este punto la *Bibliografía para la Investigación sobre Relaciones de Dependencia en América Latina* publicada en 1969 por el Centro de Estudios Socioeconómicos de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile (CESO).

Dentro de esta línea se ubica el interesante trabajo de Luis Pásara, *El rol del Derecho en la época del guano, formas jurídicas de la dominación*, en "Derecho", revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 28, 1970: "Tomando la conceptualización del 'sistema de dependencia y dominación' es fácil deducir que si es en términos generales correcta, tal sistema debe expresarse de modos muy diversos pero concurrentes en la estructura social. Uno de ellos obviamente sería el derecho. En cuanto es instrumento de control social le correspondería el rol de ser uno de los canales a través de los cuales se expresa y viabiliza la dominación".

El estudio se basa en colecciones de leyes, estudios históricos, trabajos económicos, tesis, estadísticas, periódicos de la época, etc. En una primera parte se analizan una serie de hechos históricos fundamentales para entender la historia económica del Perú, con particular referencia al ropaje jurídico que adoptaron. Así, se estudian los diversos contratos a través de los cuales el Estado peruano negoció la explotación del guano en los que se aprecia: a) la ligazón de la deuda externa peruana y, en consecuencia, de los obligacionistas con la explotación misma del guano (contrato de 1849); b) los manejos del capital extranjero y su manipulación de las instituciones políticas peruanas para consolidar jurídicamente su posición de preminencia en relación a los capitalistas nacionales (contrato de 1869); c) la vinculación entre el endeudamiento fiscal y la masiva penetración del capital extranjero (contrato de 1890); la formación, en una cierta medida posiblemente fraudulenta, de capitales nacionales a través del proceso de consolidación y pago de la deuda interna.

En una segunda parte, el trabajo se detiene en la consideración del sistema tributario de la época y de los procesos de abolición de la esclavitud y de inmigración china. Aún cuando la primera parte puede referirse a fenómenos de mayor trascendencia económica, desde el punto de vista metodológico se inscribe más bien en el análisis histórico con referencia al derecho. En cambio, es en esta segunda parte donde se concretiza un tipo de análisis que podría llamarse de desenmascaramiento del derecho y que también se encuentra presente en el proyecto multinacional comentado líneas arriba. Aquí se demuestra, por ejemplo, a través de un análisis de la legislación tributaria, que "la contribución se realiza en razón inversa de la capacidad contributiva y en función de la posición que el grupo social le corresponde

en el sistema: los dominados tienen la mayor carga mientras los dominantes y los grupos intermediarios son exonerados o superficialmente gravados". La abolición definitiva de la esclavitud decretada en 1854 es explicada en función de la coyuntura política y es rodeada, según el estudio lo demuestra, de enormes garantías para los propietarios, garantías que llegaron incluso a reconocer indemnización aun por los que no eran ya esclavos para esa época sino que habían cambiado de *status* por disposiciones anteriores.

C) *Estudios sobre la profesión de abogado*. Esta actividad de investigación y de reflexión sobre el derecho desde una perspectiva ajena, e incluso opuesta, al clásico trabajo doctrinario ha generado una posición teórica frente al derecho en la cual empieza a reconocerse importancia al componente del sistema jurídico constituido por sus diferentes posiciones y roles, es decir, al elemento personal del sistema, los jueces y abogados.

Steven Lowenstein ha trabajado sobre este tópico en Chile y ha publicado un trabajo titulado *Lawyers, Legal Education and Development, an Examination of the Process of Reform in Chile*, New York, International Legal Center, 1970. El trabajo sobrepasa el tema de la profesión legal para dedicarse en la segunda parte a la educación legal chilena. Es interesante señalar la reivindicación que hace Lowenstein del papel del abogado en una sociedad en agudo proceso de transformación, donde se necesitarían sus cualidades de elaborador de políticas; de sintetizador, coordinador e implementador; de edificador de instituciones y de manipulador de crisis. El autor no desarrolla como tema autónomo el de la obstrucción del desarrollo por parte de los abogados, pero lo menciona más de una vez explícitamente y es a partir de esta premisa que debe entenderse su propuesta acerca de los nuevos roles del abogado en el proceso de cambio. La descripción de las características generales de la profesión de abogado procede de una encuesta respondida por 461 abogados titulados de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica.

Con base también en datos recolectados empíricamente, Raúl Urzúa publica un trabajo titulado *Sociedad y sistema legal: el papel del abogado*, en el N° 11, enero de 1972, de "Cuadernos de la Realidad Nacional". El autor parte de la hipótesis que "son los abogados quienes directa o indirectamente formulan las normas que protegen jurídicamente los intereses" y trata de establecer la posición de éstos en la estructura social puesto que ella debe influir en la determinación de los intereses que habrán de encontrar protección. Concluye Urzúa que si bien prácticamente todos los estratos de la clase media tienen acceso a la profesión de abogado, aún no se encuentra ésta lo suficientemente abierta a los hijos de trabajadores manuales. De esta posición social se derivan consecuentemente como el ajuste de la profesión a los sectores "moderno" e "intermedio" (observado en la concentración

de los abogados en determinadas provincias y en la forma como tiende a organizarse la profesión: especialización, utilización de un vasto equipo administrativo, etc.) y la poca apertura de la misma a los grupos sociales marginados.

Uno de los autores del presente artículo tiene trabajando desde hace varios años en una investigación sobre la profesión de abogado en Lima (véase su presentación de las perspectivas que puede asumir el estudio de la profesión legal en Zolezzi, Lorenzo, *La profesión de abogado como objeto de estudio*, en "Derecho", revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Nº 28, 1970) en la que, similarmente al trabajo reseñado en el párrafo precedente, se pretende analizar las características de la prestación de servicios profesionales y su evolución hacia determinadas formas de especialización y burocratismo, que tendrían repercusión en la parte de sistematización, preservación y plasmación del derecho que corresponde al abogado. A este proceso debería corresponder un fenómeno creciente de estratificación dentro de la profesión, en la que los polos más significativos sería el gran estudio por una parte y los abogados individuales por la otra, en la línea de lo que se observa en los países desarrollados (véase en particular los estudios de Jerome Carlin, *Lawyers' Ethics*, New York, Russell Sage Foundation, 1966 y *Lawyers on their own*, New Jersey, Rutgers University Press, 1962). Dicha estratificación estaría vinculada, por añadidura, al origen social y económico de los titulares de las posiciones. Esta investigación podría servir para una evaluación de políticas de recursos humanos, por lo menos en lo que a la Universidad Católica se refiere, puesto que se basa en una encuesta aplicada a una muestra representativa de egresados, titulados y no titulados, de la Universidad Católica. En efecto, algún género de reflexión y acción debería generar la constatación de que la profesión legal se mueve hacia la tecnificación observable en los países capitalistas desarrollados, de que este proceso va a incidir en el sistema jurídico de manera importante, de que, por añadidura, quienes llenan las vacantes de las nuevas empresas de servicios profesionales legales proceden de los sectores sociales y económicos medios y altos, mientras que las políticas sociales y económicas se mueven justamente en la línea de recorrer caminos originales, en algunos casos adversos al proceso de desarrollo capitalista al que correspondería el desarrollo de la profesión legal.

Este trabajo forma parte del plan de investigaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. *Estudios de eficacia.* El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica del Perú viene dedicando buena parte de su actividad a los llamados estudios de eficacia o de "vigencia real de las instituciones y figuras del derecho legislado". El esfuerzo, por otra parte, tiene una clara

finalidad utilitaria en el sentido de aportación a las políticas jurídicas estatales, pues confía que sus resultados podrían "aconsejar, cuando no la eliminación lisa y llana de alguna figura, la revisión de su trato en la ley."

El primero de estos trabajos se refiere al divorcio absoluto y a la separación de cuerpos en la provincia de Lima, publicado en 1970. La metodología utilizada consistió en la apreciación del movimiento de demandas, sentencias, sentencias resueltas en consulta por la Corte Superior, sentencias resueltas en apelación, recursos de nulidad resueltos, etc., a través de un proceso de verdadera creación de estadísticas, debido a la inexistencia de este tipo de datos en las estadísticas nacionales. Fue necesario estudiar los diversos sistemas de registro de causas y resoluciones que utilizan los juzgados y Cortes de Lima. La investigación se circunscribió a la Provincia de Lima, sede de la ciudad capital, y abarcó el período 1948-1968.

Se trata, en realidad, de un trabajo artesanal sin mayores pretensiones teóricas y podría considerarse una introducción al tema ya que deja sin respuesta algunas dudas que las instituciones que investiga suscitan. Se sabe, por ejemplo, el número de demandas de divorcio y de separación de cuerpos planteadas cada año, el porcentaje de sentencias de primera instancia en relación a las demandas e, incluso, el porcentaje de divorcios y separaciones obtenidos en relación al número de demandas, pero no hay una desagregación en cuanto a las causales de divorcio y de separación, con el objeto de apreciar en qué medida, por ejemplo, las demandas se basan en la causal de malos tratos físicos o de adulterio y, sobre todo, cuál es el porcentaje de obtención de demandas favorables al demandante en estos casos. Esto permitiría apreciar la incidencia real en la litigiosidad y en la institución matrimonial de estos medios que el Código Civil peruano considera aptos para permitir la terminación de la cohabitación o el acabamiento del vínculo conyugal. A pesar de estas observaciones, el trabajo ofrece un invaluable material de primera mano para quienes deseen seguir investigando en estas líneas, incluso el mismo instituto.

También de 1970 es la publicación *La adopción en la vida real*. En ella se contiene un trabajo que inscrito en los lineamientos del comentado en primer lugar ofrece resultados mucho más acordes con uno de los fines de la institución, cual es la posible corrección de las normas legales vinculadas al fenómeno estudiado si la investigación demostrara su inconveniencia. En efecto, el número reducidísimo de adopciones (295) detectadas en el largo período de 19 años estudiado y el número aproximadamente similar de entrega de menores realizada a través de medios ajenos a los establecidos en la legislación civil (215) pero que no confieren al adoptante ni al adoptado los derechos y la situación de una adopción real, podrían encontrar explicación en los requisitos exigidos para que proceda la adopción plena, entre ellos que el adoptante sea mayor de 50 años.

La investigación se realizó con base en el análisis del Registro Público destinado a inscribir los casos de constitución y de revocación de la adopción en un período que abarca cada uno de los años entre 1953 y 1968, así como un año por cada quinquenio entre 1938 y 1952. Asimismo, se han estudiado los registros del Puericultorio Pérez Aranibar, dependencia de la Sociedad de Beneficencia Pública y que es la que realiza la llamada entrega legal de menores. Como la anterior, la investigación se circunscribe a la ciudad de Lima. Dentro de esta tendencia de apreciación de la vigencia real de determinadas figuras del derecho familiar, el instituto ha publicado recientemente *La invalidez del Matrimonio en la Jurisprudencia Suprema y en la Experiencia del Distrito Judicial de Lima*, Héctor Cornejo Chávez y Santiago A. Lavado-Palacios, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1972.

Se trata de un análisis completo de la jurisprudencia recaída en juicios de invalidez del matrimonio desde que entró en vigencia el actual Código Civil, completado con el examen del Registro Personal de los Registros Públicos de Lima donde deben inscribirse las resoluciones judiciales que declaran la nulidad del casamiento y complementado con una investigación en los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil de Lima. El trabajo es sorprendente por la minuciosidad con que ha sido llevado a cabo y ofrece, a diferencia del correspondiente al divorcio, pistas interesantes sobre el real funcionamiento de las diversas causales de invalidez del matrimonio contempladas en la ley. Abunda el comentario atinado pero se nota la ausencia de mayores ambiciones, no sólo de formulaciones teóricas de sociología jurídica sino también de sugerencias de política jurídica que sí aparecen con nitidez en el más modesto estudio de la adopción ya comentado.

Con anterioridad a este trabajo de fuerte basamento en el análisis jurisprudencial, el instituto publicó lo que podría considerarse la recopilación más completa efectuada en el Perú sobre el *habeas corpus*, con un interesante prólogo en el que se contienen algunos cuadros que analizan la relación entre interposición de este recurso y el régimen político imperante, así como se ofrecen indicaciones sobre el número de *habeas corpus* interpuestos durante la vigencia de la actual Constitución, las causales invocadas y la influencia, en su frecuencia de utilización, de determinadas leyes políticas de excepción: *El 'habeas corpus' interpretado*, Domingo García Belaúnde, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971.

Bernardo Gesche ha sido quien ha conducido en Chile las investigaciones más completas de este tipo. Queremos referirnos en particular a su trabajo:

*Investigación de la paternidad ilegítima*, Bernardo Gesche, Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1967, 257 pp.

En el prefacio se dice textualmente que la investigación emprendida y cuyos resultados se consignan en el volumen que comentamos buscó “establecer la dimensión social de la filiación ilegítima en Chile y *analizar la eficacia del derecho vigente* en el país, en la parte en que reglamenta la investigación de la paternidad ilegítima”.

No hay ningún intento por encuadrar este estudio en alguna suerte de teoría social sobre el derecho ni de formular principios generales de derecho familiar con base en constataciones empíricas. Su carácter pragmático se refleja claramente en su parte final, pues concluye recomendando la modificación precisa de 4 artículos del Código Civil y de uno del Código de Procedimiento Civil.

El trabajo es sumamente completo, en el sentido que combina informaciones provenientes de diversas fuentes y utiliza informes realizados por expertos de varias especialidades. Desde el punto de vista jurídico, por otra parte, se halla siempre presente una aguda observación sobre las instituciones implicadas, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales.

El estudio demuestra, en su primera parte, la magnitud del problema de la filiación ilegítima con respecto al padre desde el punto de vista social, pues precisa el número flotante de niños cuyos progenitores paternos se abstienen de reconocerlos y cuyas madres carecen de recursos económicos propios (esto último se ha calculado en función de la calidad de madre asegurada o no asegurada por un régimen provisional), y que es de 176,830.

De esta primera constatación fáctica se deduce la necesidad de abrir el camino y facilitar los medios para que los hijos puedan accionar judicialmente y obtener el reconocimiento de la paternidad ilegítima. Se estudia luego la legislación tal como fue concebida originalmente en el Código Civil, así como las reformas posteriores y en particular la última que data de abril de 1952 y se demuestra que “la paternidad ilegítima sólo puede establecerse judicialmente en virtud de la *voluntad* expresa o tácita del padre”, quien, como lo demuestra la necesidad que ha tenido el hijo de accionar, no ha sido voluntariamente proclive a asumir sus responsabilidades. Este extremo del trabajo se basa en la concurrencia de diversas fuentes: inscripciones de nacimientos ilegítimos en el Registro de Nacimientos, causas sobre reconocimiento de paternidad iniciadas por el Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados de Concepción, causas sobre lo mismo iniciadas por el Servicio de Asistencia Judicial de Tomé, encuesta practicada entre los abogados de la jurisdicción del Colegio de Abogados de Concepción, publicaciones en la Gaceta de los Tribunales y en la Revista de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, etcétera.

Como se puede apreciar de la enumeración que antecede, no se ha dejado sin investigar ninguna fuente que pueda ofrecer alguna pista, aún cuando el rigor metodológico no es extremo, puesto que no se permite discernir

los casos que se superponen ni se presenta información cualitativa sobre el contenido y resultados concretos de muchas causas en las cuales fue desestimada la demanda del hijo. Faltó en este punto un análisis de casos, que hubiera sido de lo más interesante.

El profesor Gesche ha realizado también una investigación sobre la remisión condicional de la pena.

Como parte integrante del Proyecto de Reforma Jurídica realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica entre 1967 y 1969 se llevaron a cabo 3 investigaciones que podrían incluirse también en esta área de estudios de eficacia. Con base en encuestas, estadísticas, entrevistas, archivos y fuentes bibliográficas se estudiaron los efectos prácticos y la vigencia real de la ley de fomento industrial de 1959, la regulación legal de la formación de capital en las sociedades comerciales y el crédito al consumidor. El estudio sobre la Ley de Protección y Desarrollo Industrial fue publicado en el No. 14, diciembre de 1969, de la "Revista de Ciencias Jurídicas" de la Universidad de Costa Rica (se trata, en realidad, de dos trabajos complementarios, uno de Lorin Weisenfeld que enfoca el proceso de creación de la ley de fomento industrial y otro de David Gantz sobre su aplicación). La exposición sistemática y coordinada de los tres estudios y un intento de reflexión sobre una teoría del derecho en el desarrollo económico aparece en Kozolchyk, Boris: *En busca de una teoría del derecho en el desarrollo económico: el proyecto de reforma jurídica USAID-ROCAP-Universidad de Costa Rica*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Universidad de Costa Rica, No. 19, junio de 1972.

El funcionamiento de las instituciones señaladas "fue evaluado de acuerdo con lo que se presumía eran los objetivos más deseables económicamente para la nación costarricense", sin reducirse el análisis del logro de las metas particularistas de los que las promovieron y aun administraron y sin centrarse en las consecuencias sociales de tales instituciones jurídicas como por ejemplo "la redistribución del poder político o la movilidad social".

Este tipo de análisis está muy lejos de los esfuerzos que se vienen realizando en Chile y en el Perú y puede entenderse por la diferencia de coyunturas históricas que viven los tres países. De lo que se trata en este caso es de fomentar un sistema jurídico que permita un desarrollo basado en la economía de mercado, atenuado por el empleo del concepto de equidad: "sin un mínimo de protección a los débiles desde el punto de vista contractual el mercado no podría crecer y prosperar ya que de exceder la presión y la explotación determinado punto, los compradores simplemente dejarían de serlo al perder su poder de adquisición."

El Proyecto de Derecho Agrario que también se llevó a cabo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica derivó en un trabajo de investigación sobre los aspectos económicos de la titulación de tierras en Costa

Rica. El estudio, con una sólida base en análisis de tipo económico, sostiene, entre sus conclusiones más interesantes, que el hecho de proveer títulos no tiene por qué incidir necesariamente en la mejora de la producción agrícola. "En otras palabras la seguridad de la tenencia no opera en un vacío, únicamente puede operar a través de otros factores como el acceso al capital y a los mercados." Véase el informe en Sáenz, Carlos y Foster, Knight, *Aspectos jurídicos y económicos de la titulación de tierras en Costa Rica*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Universidad de Costa Rica, No. 20-21, octubre de 1972.

LORENZO ZOLEZZI

y

FERNANDO DE TRAZEGNIES