

Luis Páez
 Sobre la investigación sociojurídica

En los últimos años, dentro de numerosos trabajos teóricos se ha venido en recusar la aproximación tradicional al derecho como objeto de estudio. La vieja polémica entre quienes conceptualizaban el derecho como un orden derivado de otro superior y quienes tomaban el orden jurídico formal como un hecho dado e indiscutible, es decir, la secular discusión entre jusnaturalistas y positivistas, ha sido superada por nuevos enfoques del derecho que vinculan determinadas aproximaciones teóricas tributarias del realismo escandinavo y norteamericano y de la escuela sociológica con los crecientes análisis empíricos del derecho en la realidad, visto con los instrumentos proporcionados por las ciencias sociales. Es necesario ubicar mejor esta perspectiva para hacer explícito su enfoque.

I

Si tomamos el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, es fácil comprobar que si bien en ella se adhería formalmente a la escuela jusnaturalista, por lo menos en los cursos teóricos, la concepción durante largo tiempo vigente' centró la definición de derecho en la ley y la especulación teórica en torno a ella: la doctrina. Es cierto que esto nunca se definió conceptualmente así, es decir, nunca se afirmó que derecho y ley eran sinónimos; sin embargo, en la práctica la tarea de enseñanza e investigación operó en torno a la ley, añadién-

do como elemento especulativo adicional la doctrina en cuanto sistematización, comentario o exégesis. Esto llevó a una visión cuadrículada del derecho, identificado con el orden legal, proveyendo para cada problema una solución prevista e inequívoca. La práctica nos demuestra que tal visión es falsa. En efecto, el papel presuntamente preponderante de la ley en nuestro orden jurídico debe ser corregido conceptualmente por varias formas de relativización.

En primer lugar, en muchos casos concretos la ley no tiene vigencia, carece de aplicación, es ignorada sistemáticamente por quienes deben cumplirla o aplicarla. Baste recordar como ejemplo la situación de nuestras comunidades indígenas que han venido viviendo sustantivamente al margen del régimen legal teóricamente vigente. El ejemplo, si bien no es el único, muestra de la manera' más evidente el funcionamiento de una institución por entero al margen de la normatividad formalmente válida; esto, especialmente en lo tocante al régimen de propiedad que nuestra legislación pretende colectiva pero que, en verdad, opera de modo preeminentemente privado, con fuerza de obligatoriedad en los términos de las relaciones jurídicas entre partes. que gozan de un carácter duradero, estable y socialmente respetado.

La segunda relativización se refiere a las modificaciones del orden legal operadas en la práctica a través de la decisión judicial,

de las formas de aplicación de la ley, de la costumbre o el uso dados a la norma por las partes. En un estudio realizado sobre el primer año de vigencia de la actual ley de Reforma Agraria peruana (1) se comprobó que las causales de afectación que la ley dispone venían siendo utilizadas de modo diverso por la administración del proceso; es decir, que el organismo ejecutor utilizaba con preferencia cierto tipo de causales de afectación y alguna no era utilizada del todo. Esto demuestra, por lo menos, que conocer lo que la ley dispone, no agota el conocimiento del derecho vigente. Jorge Avenaño cita el caso de las leyes de inquilinato para mostrar la misma divergencia entre ley y aplicación (2). Pero ambos casos muestran una misma y notable discrepancia entre determinadas instituciones jurídicas según la forma en que son consagradas por la normatividad legal y los modos concretos en que el aplicador les da eficacia real al ponerlas en funcionamiento efectivo.

Comprobada la insuficiencia y la simplificación provenientes de la primera concepción del derecho que hemos descrito, un segundo paso lleva a una preocupación por el contenido de la norma realmente vigente. Esto significa verificar en qué medida el orden legal teóricamente vigente, lo es en la práctica; o en otro caso qué norma no legal ha sustituido a aquélla, con vigencia plena de obligatoriedad para las partes. Esta concepción se dirige a alimentar la enseñanza del derecho y la investigación con la mayor información proveniente de la *realidad jurídica*, tomando el orden legal sólo como un elemento de ella que es relativizado, afirmado, o sustituido por el uso social de las normas. La verificación cuantitativa del grado de vigencia de una disposición o de un conjunto de normas es la concreción más precisa de esta concepción del derecho. Este "modelo" de aproximación al derecho y a su estudio, bajo la influencia empirista norteamericana, ha recorrido varios países de América Latina, cuestionando, renovando y sustituyendo en buena medida la aproximación tradicional y en estrecha conexión con programas de renovación de la metodología de enseñanza.

Nos parece, sin embargo, que esta segun-

da concepción que hemos descrito sumariamente, con ser un paso adelante respecto a la primera, no es suficiente. En efecto, un concepto del derecho que se contente con comprobar cuáles son las normas jurídicas realmente actuantes en la vida social, no satisface el grado de comprensión necesario para quien trabaja con normas jurídicas. Es necesaria, así, a más de la verificación de las normas vigentes (3), una aproximación al derecho que implique la información necesaria para comprender dos aspectos adicionales a la norma: a) cómo y por qué surge, b) qué efectos causa.

Esta concepción que asume lo que de válido tiene la anterior, adicionalmente, trata de situar la norma en el contexto social que la origina y se preocupa por ver cómo esta norma, a su vez, cataliza u origina determinadas consecuencias sociales, económicas y políticas. Sólo desde esta perspectiva es posible una crítica del orden legal, en cuanto los efectos creados o posibilitados por la norma son susceptibles de enjuiciamiento.

En realidad, esta última concepción del objeto derecho a ser analizado resulta alternativa a la aproximación tradicional, no sólo porque contiene una distinta noción del derecho sino porque, más allá, se inscribe dentro de una perspectiva que inserta el objeto derecho en su contexto, en vez de fijar la atención sobre la norma en sí como un objeto de significación autónoma. Es decir, se trata de reubicar a la norma jurídica como instancia particular y específica de un conjunto de procesos sociales que la explican y a los cuales coadyuva. Probablemente en Chambliss y Seidman (4) se encuentra mejor explicada esta concepción.

Estos autores conciben el derecho como un set de procesos:

"Todas estas "tareas legales" constituyen un set de procesos: los procesos de creación de normas, de definición autoritativa del contenido de las mismas y aquellos envueltos en la solución de las disputas (litis) al sancionar la transgresión de las normas (...). En esta perspectiva, el Derecho en un Estado centralizado no es meramente un cuerpo de reglas. Es más bien, un proceso dinámico que envuelve a cada uno de los aspectos de la acción del Estado, pues ésta compren-

derá, en algún momento, la creación de una norma, la interpretación de su contenido, la certificación de que ha sido violada o un proceso sancionador. Es un set de procesos, entonces, aquello que constituye el "derecho" (5).

Para entender en profundidad el planteamiento teórico de Chambliss y Seidman y su importancia operacional en términos de investigación, es necesario hacer referencia a otros dos pasos de su razonamiento. El primero dice relación con la naturaleza de ese Estado a cuyo interior se genera el set de procesos. Los autores admiten que el Estado no es neutral, sino es más bien el instrumento de un interés socialmente prevalente. Lo que significa que la determinación del contenido de los diversos procesos que constituyen el derecho está dada por los intereses concretos que en una sociedad y en un momento determinados signan la acción y el comportamiento del Estado. En términos propiamente investigativos, lo anterior debe llevarnos a concluir que el análisis comprensivo de estos diversos procesos del derecho no puede desligarse de los elementos macrosociales que lo explican y le dan significación. El derecho, pues, estudiado científicamente no puede ser estudiado en sí sino en el contexto societal en el cual cobra sentido.

El planteamiento se hace más claro aún si lo ligamos al siguiente paso: la noción de conflicto en la sociedad. Idea que los autores recogen 'especialmente de Dahrendorf (6) pero que no logran operacionalizar al modo que sí planteara Philipp Heck cuando puntualizó:

"La verdad fundamental de la cual debemos partir es que cada norma del derecho determina un conflicto de intereses; se origina de una batalla entre intereses contrapuestos y representa algo así como la resultante de estas fuerzas en oposición. La protección de intereses a través del derecho nunca ocurre en el vacío. Esta funciona en un mundo lleno de intereses en competencia y consecuentemente, siempre trabaja a costa de algunos intereses. Esto es verdad sin excepción. (...) Si nos restringimos a un examen del propósito del mandato legal vemos solamente el interés que ha prevalecido. Pero el

cumplimiento concreto de la regla legal, el grado en el cual su propósito es alcanzado, depende del peso de aquellos intereses que han sido vencidos" (7).

La apretada síntesis de Heck tiene la extraordinaria claridad de una propuesta de aproximación metodológica al problema: el análisis del conflicto de intereses subyacente a la norma que nos puede permitir el dar cuenta de su texto y su funcionamiento. La norma no sólo emerge desde y para un conflicto social de intereses sino que su contenido y su eficacia resultan función de los términos de ese mismo conflicto. Heck, así, complementa y precisa el nivel de examen científico del derecho enunciado más genéricamente por Chambliss y Seidman, al sugerir un ámbito concreto de análisis: la norma y el conflicto particular al cual se refiere.

II

Conviene retomar las formas de concebir el derecho, a las cuales hicimos referencia antes, al lado de sus respectivos correlatos en términos de modelo de investigación. En efecto, a las tres concepciones del derecho que expusimos como presentación esquemática anteriormente, corresponden tres tipos de investigación en derecho. A la concepción que centra el derecho en torno a la ley y su comentario doctrinal, corresponde un tipo de investigación bibliográfica o especulativa que se agota en el resumen de la doctrina en torno a la norma legal; y si trata de ser original especula por cuenta propia en torno a la hipótesis imaginaria en la cual la ley quizá pueda entrar en conflicto. La mayor parte de nuestras tesis universitarias se han centrado en este tipo de trabajo.

La segunda concepción, preocupada por la vigencia de la norma en la realidad, lleva directamente a un tipo de investigación en la cual el empirismo juega un papel muy importante. Una preocupación por la verificación porcentual o cifrada de la vigencia de las normas constituye una primera aproximación a la realidad del derecho tal como es, que resulta de importancia, pero en sí misma es insuficiente.

La concepción del derecho como un fenómeno social actuante en el conjunto de la sociedad y en medio de sus procesos llega

a una función de la investigación explicativa del porqué y el cómo se origina la norma y del rol que socialmente desempeña. Como es evidente, un objetivo de esta naturaleza empieza por ser selectivo en cuanto no toma todas las normas jurídicas vigentes sino aquéllas cuya área o materia son especialmente relevantes para la marcha de los aspectos más estratégicos del conjunto social. Esto lleva a la necesidad de determinar qué problemas son verdaderamente relevantes desde el punto de vista de la estructura social. Es obvio que en la problemática social hay aspectos que son causa y hay aspectos que son efecto; pero el punto de vista para determinarlo no lo da el derecho sino la estructura social. Detectada la relevancia desde las ciencias sociales, el derecho debe ser situado en el análisis de este tipo de trabajo como catalizador o co-causante de procesos sociales en términos que importa descubrir.

Es claro también que en este tipo de investigación la vinculación con las ciencias sociales resulta predominante; esto significa que la ubicación del derecho en la realidad se da a través del análisis de las ciencias sociales y no del derecho en sí mismo. Pero al mismo tiempo este enfoque lleva a una precisión en términos jurídicos de la función particular que desempeña el derecho en el conjunto social.

A partir de este enfoque, la mayor problemática en el análisis es delimitar la especificidad del fenómeno jurídico y su grado de autonomía, a fin de no caer en la simplificación mecanicista que entiende el orden jurídico como un mero reflejo de la estructura económica. El tema adolece, aún ahora, de un tratamiento teórico insuficiente al cual han contribuido pocos especialistas; Poulantzas entre ellos (8) se limita a enunciar la necesidad de ubicar teóricamente el derecho que corresponde al modo de producción capitalista y subrayar con énfasis que el derecho disfruta de una autonomía relativa cuyos límites y determinaciones no quedan del todo claros.

Pero las consecuencias de la insuficiencia teórica apuntada, en términos operacionales resultan de la mayor importancia. En efecto, estamos ante una tarea delicada que corre el riesgo fácil de involucionar hacia el

estudio formalista del derecho —que inconscientemente presume un carácter causal en la normatividad jurídica— o saltar hacia un estudio sociológico en el cual lo jurídico sea un aspecto secundario y que en cualquier caso sea analizado sólo en términos de una variable dependiente.

El problema se puede plantear en otros términos, como una alternativa entre tratar de resolver el asunto desde una perspectiva teórica general (ubicar al derecho en la especificidad que le adjudica el modo de producción correspondiente, en el decir de Poulantzas) cuya resolución se mantendría como cuestión previa, o intentar mediante la vía empírica el testar un conjunto de proposiciones (una teoría de alcance medio en la formulación de Chambliss y Seidman).

Esta última vía parece ser la única factible y en ese sentido la aproximación metódica de Chambliss y Seidman aparece como más viable. Se debe partir de un concepto del derecho que incorpore elementos teóricas generales, aunque no acabados, y recoja evidencias empíricas; al mismo tiempo, este concepto debe ser susceptible de ser operacionalizado en un modelo de investigación que ponga en relieve aquellos aspectos cruciales en los cuales debe ponerse atención para explicar el fenómeno jurídico en su conjunto. De este modo se puede no sólo desarrollar tareas concretas de investigación sino contribuir paulatinamente y desde la evidencia empírica a la construcción de una más sólida concepción teórica del derecho. Naturalmente, esta perspectiva reusa una vía deductiva para el conocimiento del derecho y opta decididamente por la elaboración científica que trabaje necesariamente un concepto teórico del derecho con la evidencia empírica sobre el ser de este objeto y no sobre su "debe ser". Esta última noción ha dado lugar a largos desarrollos especulativos (9), que en verdad introducen la dicotomía ser-deber ser con una fuerte carga ideológica de carácter enmascarador sobre la realidad social del orden jurídico y sus funciones dentro de la preservación de determinados intereses grupales prevalentes.

Quizá sea útil detenerse en las implicancias metodológicas de este planteamiento

que formulamos como marco de ubicación socio-jurídica. Partimos de un objeto central de atención y examen que es el derecho. Sin embargo, como se ha dicho antes, la identificación de cuál objeto particular será analizado no se configura desde parámetros jurídicos; es decir, el área del derecho escogida no lo es necesariamente en función de su trascendencia en términos doctrinales, ni las normas concretas dentro del área escogida serán las de mayor jerarquía o nivel según los criterios clásicos de exégesis positiva. Lo uno y lo otro está determinado por criterios que son sugeridos por una perspectiva macro-social y no desde la sub-esfera de lo jurídico.

En segundo lugar, el análisis mismo debe complementar instrumentos jurídicos con instrumentos de las otras ciencias sociales. Esta conjunción deviene indispensable en la medida en que el objeto analizado abarca las relaciones dinámicas al interior de la problemática social concreta en la cual se desenvuelve la normación jurídica. Como es obvio, lo segundo supone recoger las conclusiones del análisis hecho por otros científicos sociales, cuando este trabajo ya ha sido realizado; 'en caso contrario se tendrá que intentar un análisis de fuentes primarias por cuenta propia.

En tercer lugar, como quiera que la perspectiva teórica no es mecanicista, debe interpretarse el papel peculiar desempeñado por la norma en la situación social materia de examen. Esto toca, nuevamente, los problemas teóricos antes mencionados.

Probablemente, de estos tres niveles de aproximación metodológica, el primero es el que cuenta con un instrumental más adecuado en este momento en el país. Es decir, el aporte de las ciencias sociales nos permiten el señalamiento de las áreas temáticas del derecho y los problemas específicos dentro de ellas, que resultan socialmente relevantes, no sólo con un criterio de priorización sino sugiriendo concentrar la atención en aquellos de los fenómenos sociales con una más alta capacidad de determinación sobre el conjunto de la estructura social.

Mientras tanto, el análisis ya disponible sobre la normatividad jurídica en general,

y sobre todo el de su funcionamiento, es muy pobre. Esto significa que el contenido de las normas de nuestro orden jurídico, incluso en sus áreas más significativas según el criterio señalado, no es objeto sistemático de tratamiento ni siquiera en los términos de investigación más tradicionales y merecen apenas el cuidado de alguna compilación seria para cada área temática. El funcionamiento efectivo de la normatividad casi no es tratado: la aplicación por el órgano competente, la forma y calidad de la vigencia entre las partes, etc., son temas indispensables de ser trabajados en estudios empíricos de caso que proporcionen una multiplicada evidencia descriptiva, que sea base para un análisis posterior más refinado. Este trabajo previo aún 110 existe sino parcial y fragmentariamente, hecho por sociólogos, antropólogos y economistas que lateralmente encuentran el fenómeno jurídico y se ocupan de él al paso. Esta carencia configura una dificultad esencial para cualquier trabajo que trate de situarse en esta perspectiva; dificultad que se agrava si añadimos el componente del complicado acceso a los medios oficiales de información, habida cuenta de la no publicación y el carácter confidencial otorgado a multitud de datos, elementales para constatar el efectivo desenvolvimiento del fenómeno jurídico.

Por último, en el tercer nivel de la metodología propuesta encontramos no sólo la dificultad teórica anotada anteriormente sino la escasez y lo reciente de esta perspectiva de trabajo. Ello hace que un esfuerzo investigativo de este tipo sea escasamente comparable a otros de su especie, para mejorarlo y reforzarlo tanto en términos teóricos como metodológicos. Esto aumenta las dificultades de un proyecto de investigación socio-jurídica en nuestro país, hoy. Sin embargo, la realización de las primeras empresas de investigación de esta especie, aunque torpemente, está abriendo un camino importante, tanto para los efectos del conocimiento de la realidad social desde un nuevo ángulo científico, como para la construcción teórica sobre el derecho con basamento también científico.

- <1> PASARA, Luis, **Un año de vigencia de la ley de reforma agraria**, Cuadernos DESCO, Lima, 1970, mimeo.
- (2) AVENDAÑO V., Jorge, "Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho" en **Derecho**, 27, Lima, 1969, p. 9.
- (3) El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica ha realizado un importante trabajo en este nivel, centrado en el área del derecho familiar (Cf. **El divorcio absoluto y la separación de cuerpos en la provincia de Lima**, Lima, 1970).
- (4) CHAMBLISS, W, y R. SEIDMAN, "Derecho y Poder Político" en **Derecho**, 30, Lima, 1972, p. 39-60
- (5) Id., p. 41
- (6) DAHRENDORF, Ralf, **Class and Class Conflict in Industrial Society**, Stanford University Press, 1959.
- (7) HECK, Philipp, "The Jurisprudence of Interests", en **Twentieth Century Legal Philosophy Series: The Jurisprudence of Interests**, Harvard, Cambridge, 1948, p. 32 - 36.
- (8) POULANTZAS, Nicos, "Marx y el derecho moderno" en **Derecho**, 28, Lima, 1970, p. 78-90.
- (9) RADBRUCH (**Introducción a la Filosofía del Derecho**, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 31-49), es uno de los teóricos que más ha desarrollado la dicotomía, presentándola como la polaridad "idea-concepto" del derecho.