

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1988

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 6
1 9 8 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 72.199

Diseño Gráfico: Alland Browne E.

Impreso en
EDEVAL

Errázutiz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, correspondiente a 1988, y que sigue a los números anteriores que han venido publicándose desde 1983.

A este N° 6 se le ha dado el título de *Lecturas de Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX*, en atención a que una de las secciones o partes en que aparece dividido, bajo el título a su vez de "La Filosofía Jurídica Chilena en la Primera Mitad del Siglo XX", reproduce una selección de textos, hecha por Manuel Manson Terrazas, de autores que han contribuido en Chile a la filosofía jurídica y social durante los primeros cincuenta años del siglo en curso. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de estos textos, el lector puede remitirse a lo que Manuel Manson expresa en la "Presentación" de su antología. Por otra parte, una segunda selección de lecturas similares, también correspondientes a la primera mitad del siglo XX, se publicará el año próximo en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7.

En la sección *Estudios* de este Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *Debate* se incluye un artículo de Manuel Manson, en el que este autor critica algunos planteamientos formulados por Alfonso Gómez-Lobo, en su trabajo sobre "Derecho natural: un análisis contemporáneo de sus fundamentos", que fue publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 3, de 1985.

La tercera sección, titulada *Lectura*, reproduce el trabajo "El Derecho", de Antonio Hernández Gil, con el que se inicia el primer tomo de las obras completas de este autor, que se están publicando desde 1987 por Espasa-Calpe, en Madrid.

La parte llamada *In Memoriam* reproduce necrologías sobre Aníbal Bascuñán, Carlos León, Carlos Cossío, Theodor Viehweg y Michel Villey, cuyos decesos hemos tenido que lamentar en el último tiempo.

El volumen concluye con una parte reservada a *Recensiones*

y otra a *Informe*. En la primera se publican comentarios sobre diversos libros de interés, y en la segunda se incluye un informe del ex presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Aulis Aarnio.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7, de 1989, estará dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, fallecido en 1988, y Socio Honorario de nuestra corporación. Los estudios y trabajos para este volumen, que tanto pueden recaer o no sobre la obra y pensamiento del jurista en cuyo homenaje será editado, se esperarán hasta el 1° de septiembre de 1989, y deben ser remitidos a la Casilla 211-V, de Valparaíso. A esta misma casilla pueden ser solicitados éste y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, los que pueden asimismo ser adquiridos en la librería "Andrés Bello", de Santiago.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social reitera sus agradecimientos a las Facultades de Derecho del país que han colaborado en la publicación de este nuevo número de su Anuario, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, y a su Escuela de Derecho, en cuyo taller de imprenta --EDEVAL-- se llevó a cabo la impresión del volumen.

Valparaíso, diciembre de 1988.

E S T U D I O S

ALGUNAS AREAS DE INVESTIGACION SOBRE DERECHO Y SOCIEDAD

EDUARDO MUÑOZ R. *

En la elección del título se ha procurado que éste reproduzca lo más fielmente el contenido que se desea dar a este documento. Se trata de destacar dos conceptos básicos dentro de la tradición de investigación en ciencias sociales y de examinar cuáles son los principales temas de investigación que ellos nos sugieren en sus relaciones recíprocas. Esta afirmación requiere, no obstante, de toda la clarificación que sea posible a fin de que el objeto de este trabajo quede bien determinado⁽¹⁾.

De partida, no nos interesa estudiar en sí mismos la "sociedad" o el "derecho", como fenómenos que caen bajo la mirada del científico social o del jurista, stricto sensu. En lo que respecta al derecho no nos orientamos al estudio de sus aspectos ontológicos, valorativos y mucho menos a sus contenidos normativos susceptibles de un análisis exegético: nos interesa el derecho en su dimensión fáctica, como fenómeno que se hace presente en una estructura social y que forma parte de un sistema cultural. Nos interesa el derecho en tanto agente y producto social. Por su parte, los temas de investigación que se propongan en relación con el concepto de "sociedad" no serán aquellos que pertenecen a la tradición normal de investigación en ciencias sociales: investigaciones sobre actores sociales específicos, grupos o clases sociales,

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ El presente artículo constituye una ampliación y modificación de un documento no publicado del mismo autor, cuyo título era "Sistemas de creencias, Derecho y Sociedad".

por ejemplo; sobre aspectos sociales básicos, tales como lo relativo a estratificación social, desviación y control social, asociaciones y organizaciones, etc.; o, finalmente, acerca de los así llamados procesos sociales básicos, tales como los de cooperación, conflicto y cambio social. Nos ocuparemos de semejantes temas u otros análogos que se refieran a la dimensión social en la medida que tengan como referente directo al derecho. Nos interesa el estudio de la sociedad en cuanto constituye el medio ambiente del derecho, sea porque influye en éste o porque es influida por él.

A pesar de que se trata de sólo dos conceptos, por su misma amplitud el estudio de sus interacciones recíprocas puede sacar a la luz una enorme cantidad de temas que deben atraer la atención tanto de juristas como de científicos sociales. Desde luego en este documento sólo propondremos, por vía ejemplar, "algunas" áreas de investigación y por eso dicho término ha sido incluido en el título, a sabiendas que se abusa de él en muchas publicaciones como táctica defensiva ante posibles críticas debidas a limitaciones u omisiones. En nuestro caso, creemos que es absolutamente legítimo y necesario señalar que se hará mención a sólo algunas áreas de investigación, en razón de la amplitud del campo de estudio determinado por las coordenadas de los dos conceptos elegidos. Queremos ser realistas y honestos: Propondremos solamente aquellas áreas de investigación que nos proporcionen nuestro conocimiento y nuestra imaginación y, dentro de ellas, las que juzguemos como las más importantes.

Dichas áreas serán presentadas conformando ciertos grandes campos temáticos de la manera que a continuación se señala:

1º) Historia social de ideas e instituciones legales especialmente relevantes. No es posible ni imaginable en un trabajo de esta naturaleza especificar cuáles serían, en un orden de prelación, tales ideas e instituciones legales, pero la historia de la aprobación de reformas constitucionales (y la dictación de una nueva constitución) en los últimos treinta o cuarenta años, o el establecimiento de normas legales de Derecho Civil, como los relativos a la filiación y a los derechos patrimoniales de la mujer casada o a los derechos sucesoriales de legitimarios y del cónyuge sobrevi-

viente, podrían constituir ejemplos del tipo de estudios que se podrían realizar.

2º) Como bien se sabe, el derecho ha sido mencionado y utilizado frecuentemente como herramienta de diagnóstico respecto de determinadas características estructurales de la sociedad. Precisamente eso fue lo que hizo Durkheim, el gran sociólogo francés de fines del siglo pasado y comienzos del presente, al relacionar los tipos de derecho prevalecientes en sociedades caracterizadas por un tipo de solidaridad "mecánica" u "orgánica". A veces el diagnóstico vía derecho se refiere a rasgos culturales definidos de una sociedad. Como ejemplo se ha señalado el caso de Japón en donde el pequeño número de abogados y de actividad legal (incluyendo escasísimo número de juicios) en relación a su población y a su grado de desarrollo y de urbanización, dice algo, o por lo menos sugiere la necesidad de estudiar qué es lo que existe dentro del sistema cultural de ese país que hace que la mayor parte de las controversias y problemas jurídicos se resuelvan recurriendo a la mediación informal, en vez de seguir la ruta del proceso judicial contencioso. En otros términos, la preferencia por la mediación como forma de solución de conflictos (o el no ejercicio de los derechos) puede ser función, no sólo de defectos en el sistema legal o de obstáculos sociales reales opuestos al acceso de las personas a la protección legal, sino también de la existencia de mecanismos o instituciones culturales substitutivas.

3º) Lo que se acaba de decir se conecta con otra área posible de investigación; la que hace referencia a la relación entre los controles legales y los informales dentro de la sociedad y a la existencia de mecanismos informales de solución de conflictos que operan fuera de los marcos legales. El sistema social presenta una variedad de conflictos; algunos de ellos son canalizados al sistema legal, en tanto que otros son resueltos en otros contextos. Sin embargo, no sólo los casos de conflicto son susceptibles de desviarse de los canales legales, sino también los de acuerdo y cooperación, como los que resultan de las transacciones e intercambios contractuales: aquí está el área de estudios acerca de los convenios que evitan las formalidades legales en materia de contratos o que

recurren a la simulación contractual como medio de mantener provechosas relaciones económicas y comerciales⁽²⁾.

4º) Dentro de una región en que tienden a conectarse las grandes áreas de "conocimiento de sentido común" y "derecho" surgen temas de interés. Aclaremos de partida que la expresión "conocimiento de sentido común" (desarrollada especialmente dentro de la orientación fenomenológica en ciencias sociales) hace referencia a la actividad teórica mediante la cual el hombre común y corriente tipifica e interpreta los diversos fenómenos que va encontrando en su mundo circundante. Algunos de estos temas pueden ser los siguientes:

a) Las concepciones del público respecto a la administración de justicia en general o frente a determinadas jurisdicciones especiales (juzgados de menores, juzgados del trabajo, juzgados de policía local).

b) Las creencias del ciudadano común en lo que se refiere a la profesión de abogado; su conocimiento de las posibilidades y limitaciones de esta profesión en lo que respecta a la protección de sus derechos; grado de confianza que se tiene en la profesión de abogado y disposición a recurrir a sus servicios en caso de necesidades y dificultades de orden jurídico.

c) Las actitudes de este mismo ciudadano frente a la ley en general, al Estado de Derecho, o frente a ordenamientos jurídicos particulares, como los relativos al trabajo, a la seguridad social, al derecho de familia, al régimen impositivo, etc. En este tipo de estudios se debería tener en cuenta la hipótesis frecuentemente formulada que asevera que es común que entre los sectores más empobrecidos de la población predomine la visión de la ley como algo establecido en contra de sus intereses o como un instrumento que sólo puede ser empleado y utilizado a través de influencias y conexiones sociales.

² A estos temas ha aludido el jurista norteamericano Harry W. Jones en "Derecho y las Ciencias de la Conducta: un Caso de Asociación", discurso pronunciado con ocasión de la inauguración del Centro para el Estudio de la Administración Judicial de la Universidad de Denver, Colorado, Estados Unidos de Norteamérica, reproducido en el *Journal of the American Judicatory Society*, 47, 5, 1963, pp. 109-114.

d) En íntima relación con lo anterior se encontrarían los estudios tendientes a establecer de qué modo las personas se adaptan, o, mejor dicho, adaptan el sistema jurídico a su realidad de existencia. En una investigación dirigida por el autor de este documento patrocinada por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y por el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, cuyo objeto consistía en estudiar las relaciones entre derecho de familia y realidad de familia entre sectores de bajos ingresos, se pudo constatar que en este medio social los individuos, por regla general, comparten las normas y valores de toda la comunidad nacional en cuanto a lo que es "correcto" y deseable en lo que respecta a la unión entre parejas y a la procreación de los hijos. Sin embargo, su realidad de existencia (extrema pobreza, desempleo o subempleo crónicos, etc.) hace muy difícil que se pueda vivir de acuerdo a tales normas y valores. Por consiguiente, los relativizan, los "estiran" al límite, de modo tal que, sin perder de vista tales valores y normas, aceptan las convivencias consensuales y los nacimientos fuera de matrimonio, sin que su convivencia social y su imagen personal se vean afectadas. En la misma investigación se pudo establecer que las personas de más bajos ingresos desarrollan concepciones jurídicas propias, una especie de "etnoderecho" para la solución de problemas jurídicos de ordinaria ocurrencia: ¿Quién es el dueño de las cosas que existen en la casa?: El que puso el dinero para comprarlas (o sea, el marido o el conviviente). ¿Quién debe quedarse con la casa y los hijos?: el cónyuge o conviviente inocente, es decir, el que con su conducta provocó el quiebre de la relación matrimonial o de convivencia debería quedarse sin nada: sin casa y sin hijos.

e) También en relación con lo señalado en el punto c) se encontrarían los estudios tendientes a la averiguación de los diversos factores sociales que impiden que los derechos que asisten a las personas puedan ser ejercidos en su integridad. Como es sabido, desde el instante en que una persona sufre un menoscabo en sus derechos o experimenta una necesidad solucionable por la vía jurídica, hasta el momento en que ella decide acudir a la autoridad jurisdiccional en demanda de protección o restitución de tales derechos o de solución a su necesidad jurídica,

existe un largo camino compuesto de varias etapas. En cada una de ellas pueden actuar factores sociales que frenen este proceso de búsqueda de protección legal: el conocimiento o reconocimiento de que el asunto que se tiene entre manos es de orden legal y no extrajurídico: que uno ha sido violado en alguno de sus derechos y que tal derecho está jurídicamente protegido o que la necesidad que se experimenta puede ser satisfecha recurriendo a los canales jurídicos correspondientes; en seguida, la disposición y decisión de ejercer acción legal para la solución del problema; luego, el tener acceso al abogado apropiado al caso, mediante los mecanismos sociales que sean eficaces al efecto (de los que carecen los sectores más modestos), o bien el conocimiento de que existen organizaciones como la Corporación de Asistencia Judicial o las Clínicas Jurídicas dependientes de Facultades de Derecho que pueden patrocinar el asunto y proporcionar la ayuda jurídica que se necesita; y, por último, la contratación de los servicios del abogado o la decisión de recurrir a alguna de las organizaciones de asistencia jurídica mencionadas.

5º) El estudio de la profesión legal en sentido amplio, en tanto incluye a todos aquellos que exhiben una competencia especial en asuntos legales y asumen diversas responsabilidades en el funcionamiento del sistema jurídico. Hablamos de "la profesión legal en sentido amplio" por cuanto ella obviamente no incluye sólo a los abogados en sentido estricto, sino también a los jueces, consultores, funcionarios auxiliares de la administración de justicia, juristas o personas que desarrollan una actividad académica en relación con el derecho, en especial, como profesores e investigadores dentro de las universidades u otros centros análogos, etc. Incluso, dentro de los abogados debemos distinguir entre aquellos que ejercen su profesión como funcionarios dentro de la administración pública o privada y los que la ejercen libremente. Aun dentro de estos últimos es posible distinguir entre los que trabajan individual y aisladamente y los que lo hacen asociados dentro de grupos de abogados con mayor o menor grado de institucionalización. Como podemos ver, aquí tenemos un ancho campo de investigación que corresponde a la especialidad de la Sociología de las Profesiones y, por tanto, puede beneficiarse del acopio de teoría e investigación realizadas en ella. Veamos a mo-

do de ejemplo algunos de los temas específicos dentro del campo de investigación que estamos tratando:

a) Perfiles de las carreras profesionales.

b) Estudio de las organizaciones profesionales (en especial el Colegio de Abogados) y sus actividades de generación de una normativa ética del ejercicio de la profesión de abogado y de control de la actividad profesional realizada en el pasado.

c) Estudio de las normas éticas desarrolladas y comúnmente aceptadas por los abogados en el desempeño de su labor (por ejemplo, los principios de la lealtad respecto del cliente, de la obligación de hacer fe de lo que el cliente le ha dicho, del secreto profesional, de la lealtad respecto de los colegas, de la obligación de ejercer de acuerdo con los principios religiosos o políticos que se sustentan en lo personal, etc.).

d) Conflictos de roles a que se ven expuestos más que frecuentemente los jueces y abogados. Definimos conflicto de rol como la incompatibilidad de dos o más roles dentro de un mismo status. Por ejemplo, es de ordinaria ocurrencia que, dentro del status de abogado entren en conflicto los roles de patrocinante y apoderado de tal cliente y de colega del abogado contrario. ¿Qué hace el abogado, a quien acompaña su cliente, si el colega contrario se atrasa y no llega a la hora justa designada por la iniciación de un comparendo? ¿Qué hace el abogado si, igualmente, no llega a tiempo el testigo de la parte contraria que debe continuar presentando su declaración en un nuevo comparendo, conociéndose que viene en camino al tribunal? También pareciera ser que los conflictos de roles forman parte consustancial del lado ingrato del status de juez; ¿cómo decide el juez ante una petición de excarcelación presentada por un reo de delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte de un transeúnte, pero con irreprochable conducta anterior y con otras cualidades y características que llevan a la conclusión que su privación de libertad, que se ha prolongado ya por más de diez meses, no tiene ningún sentido? Difícil problema es el que tiene que decidir el juez en este caso, sabedor de que las Cortes de Apelaciones y, en especial la Corte Suprema, han decidido ser especialmente severas respecto de este tipo de delitos con la finalidad de obtener, por la vía de la prevención general, una reducción de la frecuencia de dichos de-

litos, con o sin perjuicio de terceros. En este ejemplo puede verse claramente el conflicto que, dentro del status de juez, se suscita entre sus roles de juzgador de tal o cual causa y de inferior jerárquico respecto de una instancia superior.

e) Imágenes que el abogado tiene respecto de sí mismo y de su rol y su percepción de otras profesiones.

f) Relaciones del abogado con los que demandan asistencia jurídica y con la autoridad jurisdiccional.

g) Pautas de reclutamiento dentro de la profesión legal. Este tipo de estudios implica la investigación de las escuelas universitarias en donde se estudia la carrera, su composición social, etc.

h) Cantidad y calidad de la representación y defensa legal que obtienen los sectores de población en situación económica más desventajosa. Este tipo de estudios podría partir de la hipótesis bien conocida, que los sectores más pobres son defendidos por los abogados menos competentes dentro de la profesión; los que, además, reciben la atención profesional más descuidada independientemente de la calidad profesional de quien lo defiende (como contrapartida de los bajos honorarios que pueden pagar); los que con frecuencia son víctimas de malos manejos por parte de abogados que no comparten los valores propios de la profesión y, por último, aquellos a quienes se les niega atención profesional por rechazo del patrocinio. Sin prejuizar acerca del tipo de ayuda que estos sectores de población reciben de parte de la Corporación de Asistencia Judicial, dentro de este campo de estudios relativos a la cantidad y calidad de la ayuda legal, la acción de aquel servicio, las limitaciones que enfrenta para proporcionar tal ayuda y los logros obtenidos a pesar de tales limitaciones, podrían ser objeto de algún tipo de estudios.

Tales podrían ser algunas áreas de investigación de interés dentro del estudio de la profesión legal, la cual, volvemos a decir, es mucho más diferenciada de lo que se supone. Sobre el particular podemos formular la siguiente hipótesis que bien podría orientar trabajos empíricos: en el curso de los últimos cuarenta o cincuenta años la profesión de abogado fue perdiendo muchas de las funciones extralegales (economista, director o gerente de empresas, dirigente político, etc.) que comúnmente se asignaban o se

reservaban dentro del dominio de la profesión. No obstante, paralelamente y como consecuencia de una mayor diferenciación social y económica que ha experimentado la sociedad chilena, se ha producido una mayor especialización y diferenciación dentro de la profesión legal estrictamente hablando, que ha visto así ensanchado su propio campo.

6º El estudio de la actividad jurisdiccional es otro de los campos en que puede desarrollarse investigación en el área del derecho. De nuevo a modo de ejemplo podemos señalar algunos temas tentativos:

a) Análisis de la efectividad de los tribunales y, en especial, de qué manera reproducen o se apartan del tipo ideal que Max Weber, el célebre jurista y sociólogo alemán de fines del siglo pasado y comienzos del presente, concibió respecto de la organización burocrática, caracterizada por su superioridad técnica en comparación con otros tipos de organizaciones y basada en principios tales como la precisión, la rapidez, la continuidad y coordinación de los recursos materiales y humanos disponibles, la utilización y disponibilidad de registros, etc.

b) Estudio del divorcio entre la estructura formal y la estructura informal de organizaciones jurídicas, en especial de los tribunales de justicia. Como se sabe, en toda organización existe una estructura formal consistente en su organización y funciones definidas en su acto constitutivo inicial (constitución política, ley orgánica, estatuto, reglamento, etc.) o en un acto modificatorio posterior (modificación constitucional o legal, reforma de estatutos, etc.). Esta estructura formal determina las atribuciones y deberes de cada titular, de cada status dentro de la organización. No obstante, por la participación del ser humano en la organización y por la influencia del medio ambiente sobre ella que, en mayor o menor medida consiste en un sistema abierto (en el caso de los tribunales de justicia, en razón de variaciones en la demanda de actividad jurisdiccional), se produce como tendencia entrópica un divorcio entre la estructura formal así definida y una estructura informal que viene a modificar la organización y funciones originalmente concebidas para establecer una organización y funciones diferentes: distintas atribuciones y deberes dentro de la organización, mayor o menor poder, capacidad de decisión o control de in-

formación de los titulares de los diferentes status, etc. Los que estamos familiarizados con el trabajo de los tribunales podemos testimoniar la efectividad de esta separación entre la estructura formal y la informal de nuestros tribunales de justicia: pruebas testimoniales y declaraciones indagatorias tomadas por actuarios en vez del juez quien, de acuerdo a la legislación procesal, debe actuar personal y directamente sin posibilidad alguna de delegar tales funciones; procesos en estado de fallo son estudiados por funcionarios distintos del juez quienes redactan la sentencia limitándose el magistrado a poner su firma, en el mejor de los casos previa revisión del borrador. Uno de los primeros trabajos estables que tuvo el autor de este documento consistió en su desempeño por más de dos años como actuario de uno de los tribunales de Santiago; por consiguiente está en situación de afirmar que gran parte de su labor realizada en él consistió en la de sentenciador. Corresponde investigar respecto de este tema la extensión y profundidad del problema planteado, las causas o factores que lo promueven y las repercusiones negativas que produce, como también las positivas: debe estimarse que este divorcio entre la estructura formal y la informal en las organizaciones no es sino un mecanismo de ajuste (autorregulación completa o estructural según la conceptualización de la Teoría General de Sistemas) de éstas a situaciones cambiantes producidas en ellas mismas o en el ambiente con el cual se encuentran en interacción.

c) El estudio de las variaciones cualitativas del producto entregado por los tribunales llamados a resolver sobre ciertos asuntos y de los factores sociales, culturales o de otro tipo que pueden dar cuenta de esta variabilidad. Ejemplo de este tipo de estudios es el que fue realizado por el profesor y ex decano de la Facultad de Derecho, don Antonio Bascuñán, con la ayuda de un grupo de colaboradores, que encontró diferencias significativas en la evaluación de la existencia o ausencia de discernimiento en los hechos punibles cometidos por menores contenidos en determinado tramo de edad (mayores de dieciséis y menores de dieciocho años), caso en el cual la ley llama al juez de menores a emitir tal pronunciamiento. Dicho estudio pudo advertir diferencias en las resoluciones adoptadas a este respecto que nada tenían que ver con la constatación objetiva de la presencia o ausencia de discer-

nimiento en el menor, sino con otros factores no contemplados en la ley: la gravedad del delito cometido (a mayor gravedad, menores probabilidades de declarar que el hechor carece de discernimiento), el sexo (las mujeres generalmente eran declaradas sin discernimiento aunque ello en parte se explicaba por la menor gravedad de las ofensas que cometían), la edad del ofensor (dieciséis años recién cumplidos o próximos a cumplir dieciocho años, edad de la plena capacidad penal), la calidad de primario o de reincidente (mayor probabilidad de recibir la declaración de discernimiento respecto de los reincidentes), el apoyo familiar que permitiría predecir una más probable readaptación, etc. Asimismo, tiempo atrás era conocida la circunstancia de que las sentencias de asignación de pensiones alimentarias revelaban una curiosa y consistente diversidad según el juzgado encargado de dictarlas.

d) El examen del sistema de valores de los jueces y su influencia en su actividad jurisdiccional. Es conocida la influencia de las pautas valorativas de los jueces en la forma en que pueden ejercer su ministerio respecto de asuntos tales como nulidades de matrimonio, pensiones alimentarias, concesión de libertad provisional, aceptación de circunstancias eximentes o atenuantes respecto de ciertos delitos, etc. Conocida es también la conciencia que los abogados tienen en relación a dicha circunstancia y los esfuerzos y tácticas que algunos emplean, cuando procede y cuando se puede, para derivar el caso al juzgado más conveniente o a la sala de la Corte de Apelaciones más apropiada que deba conocer el asunto en trámite de consulta. Este tipo de estudio es asimismo especialmente apto para investigar ciertos temas de interés, por ejemplo, la evolución dentro de las pasadas décadas de determinados conceptos como los de justicia, libertad de opinión y de información, propiedad, responsabilidad, etc., y la forma en que dicha evolución ha afectado a su vez a la manera en que problemas similares han sido fallados.

7º) Como puede apreciarse, en casi todos los temas enunciados recientemente hay una consistente referencia al problema de la relación entre derecho vigente y conducta real de las personas dentro de la sociedad, en otros términos, al problema de la eficacia del derecho. Es éste uno de los temas que ofrece grandes posibilidades de investigación empírica.

Desde luego la existencia misma del mencionado problema resulta del hecho de que las normas jurídicas son necesariamente abstractas y generales y, por tanto, no pueden agotar en sí mismas todas las variantes y complejidades de la existencia real de las personas. Hay pues casi siempre alguna diferencia entre la conducta social real y la conducta prescrita por la norma y la existencia de esta diferencia puede ser considerada como parte de las características del derecho y de la estructura social, con mayor o menor amplitud, en todas las sociedades. Esta separación no siempre significa un "atraso" del derecho con respecto a la sociedad, puesto que sólo lo será en la medida que el derecho no satisfaga necesidades ineludibles de las personas o se convierta en una rémora efectiva opuesta al progreso social o económico de la respectiva sociedad.

La separación entre derecho y sociedad no siempre es el resultado de una oposición entre ambos sistemas. Ocurre a veces que, debido a insuficiencias en el sistema legislativo vigente o simplemente a la actividad creadora de los propios miembros de la sociedad, comienzan a desarrollarse en su seno instituciones o soluciones normativas no contempladas en el plano formal y que son el producto de las realidades de la vida social. Se trata pues, como otro de los campos posibles de investigación dentro del área que estamos tratando, del estudio sociológico de la costumbre como fuente de derecho y de las formas jurídicas embrionarias que empiezan a manifestarse paulatinamente a medida que se desarrolla alguna pauta estable de conducta o de organización social, o que se expresan de manera implícita en la forma en que los sujetos conceptualizan acerca de la realidad social que los rodea.

No obstante, es precisamente en los casos de oposición o contradicción entre derecho formal y la conducta o las normas sociales por las cuales se rigen efectivamente las personas, en donde quizás encontremos mayor abundancia de temas para la investigación empírica. Se pueden mencionar varios ejemplos de temas de investigación en este aspecto³. ¿En qué medida las normas que prevalecen en la comunidad comercial e industrial en cuanto a ne-

³ A algunos de estos temas ha hecho referencia el jurista norteamericano Harry W. Jones en el discurso citado en la nota (2).

gociación y observancia de estipulaciones contractuales corresponden a las leyes vigentes en materia de contratos, tanto en Derecho Civil como en Derecho Comercial? ¿Hasta qué punto son observadas estrictamente en su espíritu y en su letra las reglas del procedimiento penal por parte de los magistrados y de los que están a cargo de los establecimientos penales (aparte de los casos en que el juez decide ir más allá de lo que le permite la ley para satisfacer su sentido de equidad)? ¿Hay verdadera correspondencia entre lo que es conducta socialmente reprochable y lo que es conducta relevante con respecto a las normas del Derecho Penal (en diversos estratos sociales, por supuesto)? La misma reflexión cabe para otras materias, como las civiles o las de familia. Concretamente, quien suscribe este documento, en la investigación relativa a las relaciones entre derecho de familia y realidad de familia en sectores de bajos ingresos a que se ha hecho referencia en páginas anteriores, pudo constatar la disparidad entre las normas que describen las conductas que dan base a la sentencia judicial de divorcio temporal o perpetuo (artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil) y las conductas reales que reflejan situaciones de desorganización familiar: algunas de las causales contempladas en dicha disposición aparecían abundantemente en los datos, por ejemplo, "Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación". Otras causales no tenían sino vida jurídica careciendo de la empírica, esto es, se trataba de normas jurídicamente válidas, pero desprovistas de contenido empírico, productos de la mera elucubración del legislador o de la fácil solución de reproducir in integrum un texto jurídico anterior de origen nacional o extranjero. Es el caso de la causal de divorcio señalada en el N° 6° del citado artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil: "Negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido". Por otra parte, los datos sacaron a la luz una serie de situaciones de frecuente ocurrencia en la realidad familiar, de igual o mayor gravedad que las contempladas en la citada ley, pero que ésta simplemente no pudo tomarlas en cuenta por no contar con suficiente información obtenida de la realidad. Por ejemplo: conductas que, a no mediar el vínculo matrimonial constituirían violación; ausencias injustificadas del hogar por más de cuarenta y ocho horas por parte de alguno de los cónyuges; intervención ilegítima de algún pariente próximo de alguno de los

cónyuges (suegros, cuñados, por ejemplo), en los problemas de exclusiva competencia de la pareja.

Como es natural, algunos estudios pueden limitarse a la constatación de la existencia de una oposición entre derecho y conducta. Otros en cambio pueden proponerse detectar los factores que pueden explicar semejante oposición. La pregunta se dirige aquí a las condiciones por las cuales los sujetos, los grupos y las organizaciones ajustan su conducta a la ley y a las condiciones con que las normas legales no influyen significativamente en la conducta o dejan de hacerlo.

Como se ha dicho, este tipo de estudios corresponde a los llamados estudios de eficacia de las reformas legislativas o de la ley en general: es frecuente, en especial entre aquellos que sustentan una imagen legalista del hombre y de la sociedad, creer que basta con que se consiga la dictación de una ley para que el problema en cuestión, cualquiera que éste sea, se considere resuelto de una vez por todas. Los estudios de "eficacia" se dirigen, por el contrario, a la averiguación de la manera en que de hecho está operando una determinada reforma legislativa y a la manera en que la práctica reproduce los objetivos y expectativas sustentadas por los impulsores de esa reforma. Se trata, entonces, de averiguar qué es lo que puede estar afectando el cumplimiento de cierta ley, en especial, si hay problemas en su proceso de institucionalización (fuente de la ley percibida como ilegítima o poco prestigiosa, compatibilidad con el resto del sistema legal e institucional de la sociedad, inadecuación de las sanciones positivas o negativas asignadas a su cumplimiento o inobservancia, fallas en la forma de implementación por parte de los encargados de aplicar la norma o de velar por su efectivo cumplimiento, etc.), o en la manera en que ella es internalizada por parte de los que deben adecuar su conducta a la norma vigente (grado en que ella afecta los derechos o intereses de las personas o en que se opone a sus marcos de referencia psicológicos o culturales, etc.).

8°) Como se podrá apreciar, los estudios de "eficacia" se relacionan estrechamente con otra importante área de investigación: la que se refiere al derecho y al cambio social. A ella nos pasamos a referir de inmediato.

Es incuestionable que el derecho puede ser considerado como

una variable dependiente causalmente determinada por la estructura social. Citemos un solo ejemplo: Un evento social cualquiera que asumiese cierta importancia, como una rápida explosión demográfica, una fuerte corriente migratoria, un cambio drástico en las orientaciones fundamentales de la política económica, con toda seguridad que va a desencadenar una serie de consecuencias y problemas que repercutirán en el sistema jurídico. Por regla general el derecho responde al cambio producido en la sociedad; las adaptaciones jurídicas reflejan en general los problemas sociales, las preocupaciones de la población, los conflictos sociales que es necesario zanjar y los objetivos de cambio que la sociedad se ha propuesto a sí misma. Cuando así no ocurre es obvio que el derecho no sólo distorsiona la realidad, sino que se aísla a sí mismo de la sociedad que lo nutre y crea las condiciones de un quiebre drástico de la juridicidad vigente.

Para no caer en generalidades excesivas es conveniente formular algunos alcances. En primer término, hay que tener presente que no todo cambio jurídico es producto del cambio social o, si se prefiere, no todo cambio jurídico está ligado al cambio social en una forma igualmente directa e inmediata. Desde luego hay que tener en cuenta los cambios que se producen internamente en el derecho, como los que se pueden producir en el campo del Derecho Civil para guardar la consistencia teórica o doctrinaria dentro de la esfera legal o los cambios que se introduzcan en las reglas concernientes a la tramitación de los juicios civiles o criminales por razones de pura técnica procesal. En segundo lugar, así como es posible estudiar los cambios producidos en el derecho como consecuencia del cambio social, también lo es el abordar el estudio de la persistencia de formas e instituciones jurídicas pese al cambio social. Aquí la pregunta es diversa: ¿cómo es posible que persistan ciertas normas jurídicas en un medio social caracterizado por un rápido proceso de cambio y expansión? Esta pregunta se liga indudablemente a otro tipo de estudios: aquellos que tratan de averiguar acerca de la distinta función que desempeña, o manejo que recibe, la misma institución o herramienta legal dentro de contextos completamente distintos, como sucedió con la ley de la reforma agraria a lo largo de todos sus años de existencia.

Pero, además, el derecho no es un elemento que se adapta pasivamente a los cambios sociales producidos en el medio en que se desenvuelve. También es o puede ser una herramienta activa de un cambio social programado que se proponga como objetivos la modificación de conductas y valores o la creación de nuevas formas sociales. Que ello es así, es incuestionable: cada año millones de personas en la generalidad de los países llenan formularios y los entregan junto con un cheque o dinero en efectivo a una organización gubernamental especializada en la recaudación de impuestos. Es obvio que antes que se dictara la respectiva ley tal conducta no existía y que ésta cesaría si la ley dejara de funcionar. El derecho como elemento activo de cambio social está fuera de discusión, de tal modo que las preguntas verdaderamente significativas a este respecto se refieren más bien a la forma en que el derecho ejerce o puede ejercer más eficazmente esta función de cambio y a los límites que debería tenerse en cuenta al activar esta función del derecho. Sobre el particular conviene tener presente que el derecho por regla general ejerce esta función de cambio indirectamente por el hecho de dar forma a instituciones sociales, las cuales a su vez tienen un impacto directo en la sociedad. Por otra parte se hace necesario estudiar y definir las condiciones en las cuales el derecho puede producir el cambio social, así como los límites dentro de los cuales puede hacerlo. Como ejemplo podemos mencionar la recepción del derecho occidental en algunos países (por ejemplo, Turquía): tal importación jurídica pudo tener influencia en algunos aspectos de la vida social, en especial aquellos más directamente vinculados a la vida económica y comercial, en tanto que otros que decían relación con sistemas de creencias, factores afectivos e instituciones básicas, como las relaciones conyugales y de familia, no revelaron mayor alteración.

Puede llamar la atención la forma escueta en que en este documento son tratados temas de investigación muy importantes, los que quedan meramente enunciados. Desde luego este artículo se propone sólo mencionar algunas áreas de investigación de la mayor relevancia. Por otra parte, pese a lo esquemático del tratamiento, este documento ya ha adquirido cierta extensión, lo que está demostrando la amplitud del objeto de estudio al que se ha dirigido nuestra mirada.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

LAUTARO RIOS ALVAREZ *

Sumario:

1. EL CONCEPTO CLASICO DEL DERECHO DE DOMINIO Y SU TRASCENDENCIA POLITICA.
2. DESARROLLO SOCIOLOGICO DE LA IDEA DE LA FUNCION SOCIAL (F.S.) DE LA PROPIEDAD.
 - 2.1. El socialismo.
 - 2.2. El catolicismo social y los partidos social-cristianos.
 - 2.3. La primera postguerra y la Revolución de Octubre.
 - 2.4. La segunda postguerra y las nuevas Constituciones.
3. NOCION JURIDICA DE LA F.S. DE LA PROPIEDAD.
 - 3.1. La propiedad-función.
 - 3.2. La propiedad-derecho.
 - 3.3. Las dudas sobre el concepto.
 - 3.4. Su acuñación constitucional.
 - 3.5. La F.S. como cauce limitante.
 - 3.6. Límites y limitaciones del dominio.
 - 3.7. Límites de las limitaciones al dominio.
 - 3.8. Las expresiones instrumentales de la F.S.
4. CONCLUSIONES.

* Profesor Titular de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso. Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica Santo Tomás de Aquino de Tucumán. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Derecho Público por la Universidad de Chile.