

**DERECHO Y CAMBIO SOCIAL  
EN AMERICA LATINA**

*Luciano Tomassini*

# *Derecho y Cambio Social en América Latina*

*Luciano Tomassini*

## NOTAS METODOLOGICAS

Existe en los estudios jurídicos la tendencia a atribuir al derecho cierta trascendencia o superioridad con respecto a los demás factores que componen la trama social. Se ve en él la encarnación del derecho natural o, para usar un lenguaje más aceptable hoy día, de los valores socialmente admitidos. Se considera que el derecho imprime su forma a la sociedad y, por consiguiente, se cifran demasiadas esperanzas en las transformaciones que podrían lograrse mediante una simple alteración de sus instituciones legales. Conviene advertir desde un comienzo que este documento, en donde se discute el papel que juega el elemento jurídico en un proceso de cambio social, se basa en una concepción más instrumental del derecho.

A continuación se analiza (i) la función del derecho frente al cambio social, en general; (ii) el papel que ocupa el derecho en el desarrollo de América Latina, sus limitaciones y sus perspectivas, y (iii) algunas de las áreas en que parece más urgente promover la adaptación del derecho a las necesidades del desarrollo.

Estas notas sólo constituyen un documento de trabajo. Se proponen estimular la discusión de algunos temas, y no pretenden desarrollar ni verificar de manera prolija las ideas que en ellas se expresan. Tres observaciones adicionales podrían facilitar la utilización del documento.

### 1.

El análisis contenido en este documento tiene una intención científica y no valorativa. La discusión se centra en torno a la función que puede cumplir el derecho frente al cambio social, y no en torno a las características que debería tener este proceso de cambio, y por consiguiente el nuevo ordenamiento jurídico. Se evita el uso de vocablos cargados de connotaciones filosóficas o políticas, y de fórmulas atractivas pero tal vez engañosas, como las de "revolución del derecho o revolución contra el derecho" o bien "revolución del derecho y derecho a la revolución".

Con el propósito de evitar, en la medida de lo posible, opciones valorativas, se emplea el término "desarrollo" como sinónimo de "cambio social". Se postula, por

una parte, que este último necesariamente tiene por objeto promover el desarrollo de la colectividad. Por otra parte, se sostiene que sin un profundo proceso de cambio social no es posible impulsar el desarrollo, en la medida en que este último envuelve al mismo tiempo los conceptos de "eficiencia" y "participación" y se compone tanto de factores económicos como de elementos sociales y políticos.

Se ha hecho un esfuerzo por reducir la exposición de las ideas a ciertas proposiciones claramente identificables y esencialmente controversiales, a fin de facilitar el debate y el consiguiente esclarecimiento del tema. En los casos más indispensables se ha presentado, por vía ejemplar, alguna evidencia encaminada a mostrar la plausibilidad de determinadas proposiciones.

## 2.

El análisis está basado en antecedentes de alcance y validez general, sin apoyarse particularmente en la experiencia chilena o latinoamericana, debido a las limitaciones de fuentes y de ambiente que enfrentó el autor. Aunque el tema fue definido como "derecho y cambio social en América Latina", no se pretende allegar conocimiento especializado o nuevas informaciones en relación con la región. No obstante lo anterior, de las tres secciones en que se divide el documento, dos tratan de la situación del derecho en América Latina.

Como consecuencia de lo anterior, no se hace ningún esfuerzo por citar fuentes latinoamericanas. Por el contrario, se evita hacerlo a fin de no utilizar unas y excluir otras arbitrariamente, lo que ocurriría debido al limitado conocimiento que tiene el autor acerca de lo que se ha publicado recientemente en nuestros países.

En este documento se analiza el papel del derecho en la sociedad desde el punto de vista de las ciencias sociales. La tradición según la cual se estimaba que la jurisprudencia era una disciplina autosuficiente puede considerarse agotada. Cada vez resulta más claro que el derecho y los juristas deben utilizar antecedentes y métodos provenientes de otras ramas del conocimiento, si quieren cumplir su función social con cierto grado de eficacia.

Una vez adoptado el punto de vista general de las ciencias sociales, es posible distinguir cinco ángulos distintos pero complementarios a partir de los cuales se puede analizar el papel del derecho en la sociedad. Estos ángulos corresponden a los aspectos normativo, metodológico, institucional, del desempeño de roles y funcional, respectivamente.

- a) El enfoque normativo debe sonar familiar para el hombre de derecho, acostumbrado a centralizar su labor en la interpretación lógico-formal de la norma jurídica. Sin embargo, desde el punto de vista sociológico, este enfoque se propone escudriñar la relación que existe entre la norma legal, por una parte, y los valores en que se inspira o los grupos que apoyan su adopción y aplicación, por otra. Este tipo de análisis se desarrolla, pues, en dos niveles: el de la "cultura" de una sociedad (los valores y actitudes

que prevalecen en ella) y el de su "estructura" (el tipo de estratificación social y los grupos de interés existentes). Entre los estudios que han seguido esta orientación, pueden citarse los trabajos clásicos de Dicey y Maitland, en Inglaterra. El primero procuró demostrar la influencia de la opinión pública sobre las instituciones legales, examinando la experiencia inglesa, mientras que el segundo describió como muchas de las funciones que en el continente correspondían a la corporación o persona jurídica pudieron ser desempeñadas en Inglaterra de una manera mucho más flexible a través de la institución del fideicomiso, debido a las costumbres comerciales de los ingleses. Desde un punto de vista marxista, cabe citar el famoso estudio del socialista austriaco Renner sobre la forma en que el derecho de propiedad, originado en un sistema social pre-capitalista, se adaptó a los requerimientos del capitalismo avanzado sin necesidad de cambiar las correspondientes disposiciones legales.

- b) El enfoque metodológico tampoco se encuentra muy alejado de lo que han sido tradicionalmente los estudios legales, pudiendo conducir a conclusiones de gran interés para los abogados. Este enfoque subraya la importancia que revisten para la profesión legal las técnicas de investigación desarrolladas en el campo de las ciencias sociales en comparación con otras contribuciones de carácter más sustantivo. En tal sentido, se propicia el empleo de encuestas, análisis estadísticos, procedimientos experimentales, modelos de simulación y técnicas sicoanalíticas en relación con la prueba, en su acepción jurídica. Algunas de esas posibilidades fueron exploradas en forma exhaustiva a través del Proyecto sobre Jurados, llevado a cabo por la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago hace unos 10 años.
- c) El análisis de los diferentes roles que es posible encontrar dentro de la profesión legal constituye tal vez un enfoque más típicamente sociológico que los anteriores. En este caso la atención se centra sobre el personal que desempeña las distintas actividades a que da lugar el funcionamiento del sistema legal, a saber, abogados, legisladores, jueces, notarios etc. Al parecer este enfoque goza de la predilección de aquellos científicos sociales que no están familiarizados con las tecnicidades de la profesión legal. En efecto, el tema ha despertado el interés de algunos de los más famosos sociólogos contemporáneos, como Riesman y Parsons, sin perjuicio de haber sido objeto de una abundante literatura de carácter más especializado.
- d) Desde el punto de vista institucional, es posible estudiar el papel del derecho en la vida social a través de las distintas agencias que tienen algo que ver con él, como asambleas legislativas, tribunales, órganos administrativos y cuerpos policiales. Es evidente que la tendencia hacia la organización que se advierte en la vida contemporánea, la intervención creciente del Estado en todos los campos de actividad y el uso cada vez más

frecuente de la negociación y el contrato colectivo, confieren especial vigencia a esta manera de encarar el problema.

- e) Finalmente, el enfoque funcional considera que el aspecto jurídico es un elemento integrante de todo proceso social, grande o pequeño, pues parte del supuesto de que todo hecho colectivo presenta facetas económicas, sociológicas, políticas y administrativas a la vez. En tal sentido, esta aproximación al problema procura identificar la función propia del derecho en la vida social y la forma en que su actuación puede complementarse y entrelazarse armoniosamente con las restantes funciones, anteriormente mencionadas. En este enfoque se combina hasta cierto punto, los otros cuatro que ya han sido descritos, por lo que será el que se adopte en este documento.

### I.— DERECHO Y CAMBIO SOCIAL.

#### 1.

El análisis de las relaciones entre derecho y cambio social es infrecuente. Además, suele basarse en una falacia. Se piensa generalmente que la alternativa fundamental consiste en concebir el derecho como una fuerza conservadora o como una fuerza de cambio. Lo inadecuado de esta distinción queda de manifiesto si se considera que, de acuerdo con ella, quedarían clasificados dentro del mismo grupo autores tan distintos como Savigny y Marx, por ejemplo. De hecho, ambos pensadores creyeron que el derecho era un factor que trabajaba en favor del mantenimiento del orden establecido, pero lo hicieron por muy diferentes razones.

Aquí se sugiere otra distinción, a nuestro juicio más fundamental: el derecho considerado como un fenómeno esencialmente expresivo o preponderantemente instrumental.

Empleamos estas expresiones en el sentido general que ellas tienen en el campo de la sociología y la antropología cultural. Las hemos escogidos a pesar de que ellas no tienen un significado unívoco, definido en forma oficial y vinculado a un autor, o más bien dicho las hemos escogidos precisamente por eso. Claramente, se entiende por instituciones o actividades expresivas aquellas que, como su nombre lo indica, reflejan de manera muy intensa y directa, actitudes y valores sociales y tienen para la sociedad por consiguiente, un carácter marcadamente absoluto o "sagrado". En cambio, se entiende por instituciones o actividades instrumentales aquellas que se conciben principalmente como un medio racional para obtener determinados objetivos o fines y, por lo mismo, han alcanzado un grado apreciable de relatividad o "secularización". Se suele incluir entre las primeras, las formas religiosas, el matrimonio y la familia así como entre las segundas, la actividad económica, la ciencia y la tecnología.

Desde luego, debe advertirse que no se trata de una distinción tajante. El derecho, al igual que cualquier otro producto social, participa siempre y esen-

cialmente de ambas características, aunque en algunas ocasiones prevalezca una y a veces otra. Así por ejemplo, cuando una sociedad en su conjunto está basada en una concepción acendradamente ética o "sacral", es forzoso que el derecho se convierta en un apéndice de la moral o de la teología, cumpliendo una función principalmente expresiva. Tal fue el caso de la cristiandad medioeval o del Islam. En situaciones como esas, el derecho adquiere una fuerte justificación trascendente y se vuelve muy rígido. Durante la época medioeval, este fenómeno se expresó en la tentativa de vincular el derecho a la ley natural, en occidente, o directamente a la revelación, en el mundo islámico. En otros casos, incluso dentro de una misma sociedad coexisten ramas del derecho que presentan un carácter más expresivo y resistente al cambio, precisamente porque regulan aspectos tales como el matrimonio o la familia, junto a otras de carácter más instrumental, como por ejemplo las que están vinculadas al comercio y los negocios.

Hay que advertir también que la distinción formulada sirve para comprender mejor la evolución histórica reciente del derecho en la sociedad occidental, en la medida en que se está dejando de ver en las instituciones jurídicas el armazón de un orden inmutable y se está esperando de ellas cada vez más que provean los instrumentos organizativos y procesales que el cambio requiere, como se explicará más adelante.

La nueva distinción propuesta ayuda a esclarecer la función del derecho frente al cambio social, por cuanto el problema ni siquiera se plantea en aquellas situaciones en que el derecho presenta un carácter predominantemente expresivo. En tales casos, por definición el derecho se comporta como un mero reflejo de las condiciones sociales imperantes, y no podría actuar como un factor de cambio. Esto tiende a ocurrir en sociedades que todavía se encuentran en una etapa tradicional o en que el proceso de modernización ha avanzado muy poco.

Aquí surge con toda claridad la diferencia entre Marx, por una parte, y Savigny y otros autores afines, por otra. Para el primero, el derecho es una superestructura determinada por el estado de la tecnología y la estructura de las relaciones productivas y constituye, por lo tanto, un instrumento en manos de las clases dirigentes que éstas utilizan deliberadamente para consolidar su control sobre el proletariado. Para Savigny, en cambio, el derecho no es otra cosa que la encarnación de la costumbre popular, una especie de ratificación legislativa de la tradición. Para el jurista alemán, en efecto, el derecho "se encuentra", no "se hace". Enemigo mortal del racionalismo introducido por la Revolución Francesa, Savigny condenaba la tendencia a la codificación del derecho. Similares son las consecuencias a que conduce el análisis desarrollado por Durkheim en su obra más importante de acuerdo con el cual las distintas modalidades del derecho responden al grado de solidaridad social de que se trata: así como por ejemplo, el derecho penal corresponde a una solidaridad tan estrecha que su ruptura constituye un delito, mientras que el derecho civil sanciona un tipo de solidaridad más laxa cuya ruptura puede solucionarse mediante compensaciones adecuadas. La misma opinión es expresada en forma categórica en la sentencia de Sumner: "Se han hecho vanas

tentativas para modelar el ordenamiento social mediante la legislación. El único resultado es la prueba de que la legislación no puede influir en las costumbres".

2.

En aquellas situaciones en que el derecho presenta un carácter preponderantemente instrumental, se plantea el dilema de averiguar si opera como un factor de conservación o de cambio. Resulta oportuno recordar aquí las teorías clásicas y contradictorias de Marx y de Bentham, que en alguna medida han pasado a constituirse en ingredientes obligados del pensamiento socialista y del reformismo liberal, respectivamente. Ya se ha recordado aquí la posición del primero. Creía Bentham, por su parte, en la eficacia de las leyes para reformar la sociedad, por lo que dedicó gran parte de su vida a redactar códigos para numerosos países, que incluían desde la Rusia zarista hasta las nuevas repúblicas latinoamericanas. Aunque la mayor parte de esos códigos no tuvieron aplicación práctica y en gran medida los esfuerzos de Bentham fracasaron en su propio país, su acción a largo plazo fue determinante para hacer del parlamento inglés un verdadero órgano legislativo que introdujo gran número de reformas y poco a poco fue tomando la delantera al derecho laborado por los jueces, de carácter más conservador.

3.

No es el objeto de este trabajo analizar con cierta detención las alternativas en que el derecho actúa como una fuerza al servicio de la conservación del estado de cosas existentes. En este último aspecto, sin embargo, es interesante señalar la evolución que ha experimentado el pensamiento marxista clásico. A la pregunta acerca de si el derecho puede ser utilizado como un instrumento de cambio, los marxistas ortodoxos dan una respuesta negativa. Los juristas soviéticos de hoy reconocen, en cambio, que en ciertos casos la ley puede ser utilizada para orientar las transformaciones sociales, y discuten la posibilidad de adjudicar al derecho una función "paternal", educando al pueblo a través de la legislación.

Nadie podría desconocer que el derecho tiende a ser conservador por su misma naturaleza. En primer lugar, la estabilidad es el objetivo primordial de la ley y el papel del abogado es el de restablecer las cosas al estado anterior a la infracción de la norma jurídica. En segundo lugar, desde la época de los romanos el formalismo es consustancial al derecho, no obstante la interminable discusión que ha venido desarrollándose entre los partidarios de la forma y los partidarios del contenido en la aplicación de la ley. En tercer lugar, la certidumbre jurídica (que implica de nuevo estabilidad) constituye la piedra de toque del estado de derecho, como lo demuestra por contraste la afirmación de Thierry Mounier en el sentido de que todo proceso revolucionario se basa en uso intensivo de la "técnica de la impresión". A esto se refería Georges Renard cuando hablaba de la

ley como de una fuerza de inercia y se refería con gran fuerza de convicción a la "función conservadora del Derecho".

Estas características del derecho imprimen huellas en el tipo de formación que reciben los abogados. "Alentados por los métodos de la educación legal, el derecho ha llegado a ser una artesanía especializada, una técnica, cada vez menos impregnada de una verdadera preocupación por las relaciones sociales que está llamado a regular". Abundan ejemplos de estas actitudes, encarnadas en la profesión legal en un país y un período determinados, como ocurrió en los regímenes fascistas y en el sistema legal de la Unión Soviética; o en el caso de los intérpretes de la constitución norteamericana, que durante largo tiempo la utilizaron para bloquear la evolución social en ese país; o, finalmente, como en el caso de los tribunales que se opusieron tenazmente a la legislación dictada por el parlamento en detrimento de la autoridad de la interpretación judicial, en el derecho británico.

4

Hay también puntos de vista desde los cuales se puede analizar el papel del derecho como una fuerza favorable al cambio. Descartamos la distinción de Dror entre los usos directos e indirectos de la ley como agente de transformación social, debido a las dificultades que se presentan para aplicar esta distinción a las situaciones de la vida real y a su escasa utilidad práctica. Más interesante parece distinguir entre el papel del derecho como variable dependiente o como variable independiente en el proceso de cambio social, es decir, como factor subordinado y coadyuvante del cambio como factor autónomo y determinante del mismo. En este sentido, la comparación de diversas experiencias indica que la ley rara vez actúa como agente principal de cambio. A este respecto, nos aventuramos a anticipar las cuatro generalizaciones siguientes.

- a) Desde un punto de vista global, el derecho no ha actuado como propulsor y ni siquiera ha sido un elemento dinámico en ningún proceso revolucionario.
  - b) La aplicación práctica de leyes especiales también fracasa cuando éstas contrarian la opinión o los sentimientos comunmente admitidos en la sociedad.
  - c) La mayoría de las legislaciones reformistas o que, en su época, implicaron un cambio profundo en el sistema vigente, fueron el resultado de una emergencia social o de una situación de crisis.
  - d) En una misma sociedad, la ley, como agente de cambio, tiene más éxito en aquellos sectores en donde el proceso de modernización ha avanzado más debido a otro tipo de factores que en las áreas más tradicionales.
- a) Con respecto a la primera de estas proposiciones, la experiencia más significativa es la del derecho soviético. En efecto, en la Unión Soviética el sistema social emergente de la revolución Rusa funciona desde hace más de cincuenta



años, tiempo suficiente como para transformar por completo las concepciones e instituciones jurídicas. Sin embargo, hasta ahora en dicho país no se han creado conceptos ni relaciones jurídicas fundamentalmente nuevos. La organización judicial funciona de acuerdo con estructuras y procedimientos formalmente semejantes a los de otros regímenes, si bien carece de la independencia de que gozan los tribunales bajo otras formas de gobierno. La institución de la propiedad privada continúa siendo reconocida, aunque en escala incomparablemente menor que en los países capitalistas. La solidez del matrimonio, a pesar de los esfuerzos realizados por asimilar esta institución a los demás contratos, resiste la comparación con la práctica observable en las sociedades occidentales. Subsisten las asociaciones privadas dentro del estado soviético tales como las iglesias y los sindicatos, aunque con una esfera de acción mucho más restringida. Los seguros sociales son muy parecidos a los que existen en Gran Bretaña o en los países escandinavos.

(b) Para ilustrar las dificultades con que se tropieza al tratar de imponer una legislación que contraría los sentimientos de la comunidad, se puede invocar la historia de la prohibición del consumo de alcohol en los Estados Unidos o los infructuosos resultados obtenidos a través de la dictación de diversas disposiciones encaminadas a reprimir las apuestas durante el siglo pasado en Inglaterra.

(c) Gran parte de la legislación reformista que ha logrado ser aprobada en los diversos países se vió favorecida por situaciones de emergencia o por la necesidad de conjurar una crisis. La legislación laboral impulsada en los Estados Unidos por el presidente Franklin D. Roosevelt no habría sido aprobada de no mediar las profundas modificaciones que experimentó la organización industrial de ese país como consecuencia de la depresión de 1929, que debilitó el poder de los empresarios y minó la confianza en el credo individualista generalmente aceptada. Del mismo modo, la legislación sobre planificación urbana en Inglaterra fue la respuesta tardía al acelerado y caótico crecimiento de las ciudades inglesas provocado por la Revolución Industrial y agravado por la destrucción resultante de la guerra.

(d) Finalmente, la eficacia de la ley como instrumento de cambio social parece ser mucho mayor en los sectores modernos que en los más tradicionales de una misma sociedad. Tal ha sido, al parecer, el caso de Turquía, en donde la nueva legislación se ha desarrollado o ha tenido aplicación principalmente en relación con las actividades económicas y comerciales, en tanto que habría tenido muy escasa influencia en instituciones más tradicionales como la familia. Lo mismo parece haber ocurrido en Israel en relación con los inmigrantes provenientes de los países árabes vecinos, los cuales se ven expuestos a nuevas regulaciones jurídicas y experimentan considerables dificultades para adaptarse a ellas.

5

Hasta aquí nos hemos limitado a definir un marco teórico a la luz del cual puedan analizarse las relaciones entre el derecho y el cambio social. Finalmente,

señalaremos algunos parámetros históricos dentro de los cuales tienden a modelarse esas relaciones en el mundo contemporáneo. Al respecto, nos referiremos a tres tendencias principales.

- a) La primera consiste en la evolución experimentada por el derecho desde un estudio en que presentaba un carácter fuertemente expresivo hacia otro, en que cumple una función cada vez más instrumental. En este sentido, más profundo que el que parecería desprenderse de su misma formulación, debería ser interpretada la intuición de sir Henry Maine, quien describió la evolución del derecho como un movimiento progresivo del status al contrato.

“Si empleamos la palabra status —explicaba el propio autor— para indicar las características personales y evitamos aplicarla a aquellas condiciones que constituyen el resultado, más o menos inmediato o remoto, de un convenio, debemos declarar que la tendencia de las sociedades progresivas ha sido hasta ahora la de avanzar desde el status al contrato” Si Maine quiso contraponer los derechos que se derivan de una situación colectiva a los que tienen su origen en contratos individuales, no hay duda que las tendencias que él describió están cambiando, en la medida en que el principio de la autonomía de la voluntad está cediendo paso a la práctica de la negociación colectiva. En cambio, si lo que pretendió señalar es que estamos pasando de una era en que la mayoría de los derechos tenían un carácter descriptivo a otra en que éstos están siendo adquiridos y adaptados en forma deliberada, con miras a la consecución racional de ciertos objetivos, entonces su intuición permanece en pie todavía.

- b) La segunda tendencia que se advierte en el derecho contemporáneo es la que va de lo judicial a lo institucional. Se ha dicho que, tradicionalmente, el derecho y los juristas han cumplido dos diferentes funciones, una de tipo “judicial” y otra “institucional”. La primera tendría por finalidad definir y proteger los derechos de las personas, proporcionando reglas para dirimir sus eventuales conflictos de intereses. La segunda se propondría organizar la acción colectiva, definir los poderes de que disponen las distintas funciones y corporaciones que integran una sociedad, y velar porque las instituciones sociales cuenten con estructuras y procedimientos adecuados para el cumplimiento eficaz de sus tareas. Desde otro punto de vista, podríamos decir que en el primer caso el derecho y los abogados cumplen una función principalmente “integrativa” y en el segundo, “promocional”. Tradicionalmente se enfatiza la primera de estas funciones. Una de las versiones más brillantes de este razonamiento se encuentra en Bredemeier. Parsons y Smelser, en su obra *Economía y Sociedad* (1956), habían sostenido que en todo sistema social es posible distinguir cuatro clases de procesos: adaptación, consecución de objetivos, mantenimiento de las pautas e integración. La primera de estas funciones podría

ser identificada, en general, con la actividad económica. La segunda, con el proceso político. La tercera, con la educación y los diversos medios de socialización de que dispone una comunidad. Bredemeier propone identificar la función integrativa con el sistema jurídico, sobre la base de la premisa de que "el papel de la ley es la ordenada resolución de los conflictos". Nosotros, por el contrario, sostenemos que lo que se espera del derecho en una sociedad moderna es que arbitre los mecanismos necesarios para organizar las diversas actividades que desarrolla la colectividad, suministrando a sus diversos grupos y organismos fórmulas cooperativas y cursos de acción claramente definidos que les permitan alcanzar sus objetivos:

De ahí la tendencia a sustraer del conocimiento de los tribunales gran parte de los asuntos jurídicos, para ventilarlos a la luz de los estatutos de las grandes corporaciones modernas o de sus arreglos y convenios recíprocos.

- c) La tercera de las tendencias que valdría la pena comentar es la influencia ejercida sobre el derecho por los avances que han experimentado las sociedades contemporáneas en lo organizativo y lo tecnológico. Hay que comenzar destacando, a la vez, la importancia y la estrecha concatenación que hoy presentan ambos factores. Una de las características más notables de las sociedades contemporáneas —y una de las razones por las cuales se habla de una sociedad postindustrial— radica en el hecho de que sus tasas de crecimiento económico tienden a independizarse cada vez más de los factores productivos clásicos, el capital y el trabajo. Es así como el desarrollo ha pasado a depender, en forma muy estrecha, de otros dos factores: la capacidad de organización y de innovación tecnológica. Por lo demás, la importancia adquirida por cada uno de estos factores refuerza la del otro. La especialización y el crecimiento de las organizaciones formales ha contribuido en forma decisiva a hacer posible la actual revolución tecnológica. Esta última, a su vez, ha enfatizado la necesidad de contar con organizaciones cada vez más eficientes, en la medida en que ha facilitado el desenvolvimiento de un sistema industrial cuya operación supone compromisos cada vez mayores de capital y recursos humanos especializados, un grado creciente de programación y un progresivo control del mercado. Ambos aspectos tienden a adquirir, pues, una tremenda significación en la vida moderna, lo cual se refleja en el auge de las grandes corporaciones que Galbraith, subrayando el nexo existente entre organización e innovación tecnológica, bautizaba en uno de sus últimos libros con el nombre de "Tecnoestructura".

El impacto de la organización en la tecnología moderna sobre la legislación puede advertirse en los siguientes aspectos específicos.

— utilización cada vez más frecuente del procedimiento de delegación de facultades legislativas en el poder ejecutivo, como consecuencia de la complejidad de las materias reguladas.

- influencia de la planificación sobre el incremento de las facultades del sector público y la limitación de las del sector privado, así como también sobre la reorientación de las disposiciones crediticias, tributarias y arancelarias.
- La creación de empresas públicas como consecuencia del creciente intervencionismo estatal.
- La creación de empresas mixtas y de organismos públicos de control como expresión de la tendencia a la supervisión estatal sobre la actividad del sector privado.
- Tendencia a la cartelización y a la fusión de empresas privadas, como consecuencia de la formación de economía de escala.
- Standardización de la producción, el empleo y el consumo, y su impacto sobre la legislación.
- Standardización de la construcción, la vivienda y los arrendamientos, y su expresión jurídica y administrativa.
- Influencia de las nuevas técnicas comerciales, bancarias y del sector de los seguros sobre las correspondientes disposiciones legales.
- El desarrollo de los transportes y su influencia sobre los correspondientes contratos y regulaciones.
- El desarrollo de las comunicaciones y de las técnicas psicológicas de sondeo, propaganda y persuasión de masas, y sus expresiones jurídicas.
- Nuevas formas jurídicas derivadas de la producción y comercialización de la energía eléctrica o nuclear.
- Tendencia a la negociación colectiva en las relaciones laborales, con diversos grados de supervisión estatal.

## **II.— EL DERECHO EN EL DESARROLLO DE AMERICA LATINA**

### **1.**

Utilizando una tipología propuesta en la sección anterior, que en otro lugar hemos aplicado al estudio de las burocracias latinoamericanas, puede decirse que el derecho tiende a oscilar entre dos extremos. De acuerdo con uno de ellos, su función principal sería facilitar la integración nacional, solemnizando las actuaciones esenciales y regulando la solución de los conflictos que se producen con mayor frecuencia entre los miembros de la comunidad. En el otro extremo, en cambio, se estima que el derecho debe dedicarse fundamentalmente a favorecer el cumplimiento de determinadas metas o la promoción de ciertos cambios que la sociedad juzga necesarios en un momento determinado. Se trata de la distinción que ya hemos anticipado entre funciones de tipo "integrativo" y funciones de tipo "promocional".

Nuestra tesis consiste en que, en América Latina, las instituciones jurídicas por lo general han preferido desempeñar el primero de esos roles, y han hecho

del mantenimiento de "la ley y el orden" la principal de sus funciones. Esta orientación pudo ser conveniente, y hasta necesaria, en una época en que las 20 repúblicas latinoamericanas recién emergían a la vida independiente y en que su principal mandato histórico parecía consistir en la consolidación de sus respectivas nacionalidades. Sin embargo, en las últimas décadas esta misma característica del derecho latinoamericano pasó a convertirse en un obstáculo para el progreso, impidiendo el cumplimiento de ciertas tareas cruciales en países abocados a un complejo y urgente proceso de desarrollo.

Resulta curioso observar como el papel del derecho y de los juristas en este último proceso ha sido subestimado en sociedades que poseen una tradición legalista tan fuerte como las latinoamericanas. Numerosas iniciativas encaminadas a promover importantes cambios económicos o sociales no han podido traducirse en realidades por falta de instrumentos jurídicos adecuados o han tropezado con la existencia de disposiciones excesivamente engorrosas o arcaicas. Lo mismo puede aseverarse de la profesión legal que, al menos en cuanto tal, se encuentra cada vez más ausente de los esfuerzos de desarrollo.

Mucho tuvo que ver con esto el espíritu formalista heredado de la época colonial, al imprimir una exagerada minuciosidad y rigidez a los sistemas legales del continente. No hay que olvidar, por otra parte, que nuestros sistemas están inspirados en una tradición romanista en la cual prácticamente la única fuente del derecho es la ley, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas anglo-sajones que asignan gran importancia a la jurisprudencia, la cual por definición sigue más de cerca la realidad. El carácter abstracto de la ley se vió reforzado, además, por las tendencias hacia la codificación que se desarrollaron en nuestros países durante el siglo pasado bajo la inspiración napoleónica. De esta manera, en los sistemas legales del sur del hemisferio la norma abstracta y el código prevalecieron sobre el precedente, la deducción sobre la experiencia, y la fijeza de las relaciones jurídicas sobre la evolución económica y social. Finalmente, si se examina la situación de los estudios jurídicos en las universidades latinoamericanas, en comparación con el estado de las demás disciplinas, se encontrará que su retraso es evidente. Todavía es poco lo que se ha hecho para mejorar o modernizar la enseñanza del derecho, para revisar los programas de las facultades respectivas a la luz de los urgentes y complejos problemas planteados por el desarrollo, y para estimular la investigación jurídica en función de esos mismos problemas.

Como se desprende del último párrafo, tres factores han contribuido a determinar la rigidez y la obsolescencia de nuestros sistemas jurídicos. A continuación nos referiremos a cada uno de estos factores separadamente.

## 2.

En la primera mitad del siglo XVI España se encontró de improviso con un gigantesco imperio en sus manos. La lejanía y las dimensiones de los nuevos te-

territorios determinaron que la presencia real de la metrópoli en las colonias del Nuevo Mundo fuera muy débil, por lo que España tuvo que contentarse con una presencia vicaria en ella, que se expresó principalmente a través de un impresionante proceso de ordenación y regulación jurídicas. Dos factores adicionales contribuyeron, entre otros, a subrayar la importancia del derecho en Las Indias.

Se ha señalado muchas veces que el carácter idealista y mesiánico de la Empresa Española en América explica la profunda brecha que ya en época muy temprana se abrió entre la ley y la realidad, entre el ideal y la práctica. Esa misma brecha explica el ritmo y volumen que adquirió la actividad legislativa durante La Colonia. Para las autoridades coloniales fue una verdadera tarea de Sísifo la de imponer los numerosos preceptos que se promulgaban en la metrópoli, a través de los cuales se procuraba imponer una determinada concepción ética, venciendo las resistencias opuestas por las futuras realidades americanas. Una proporción muy importante de la actividad jurisdiccional y administrativa del estado español en Las Indias y de los órganos de gobierno local estuvo consagrada a velar por el cumplimiento de disposiciones que formalmente tenían un alcance jurídico pero que, en el fondo, reflejaban principios religiosos o éticos.

Por lo demás, los colonizadores españoles asumieron la impropia tarea de amalgamar dos pueblos y dos culturas al calor de una sola concepción moral y dentro de una misma organización política. Esto depositó una nueva y desusada carga sobre los hombros de las autoridades coloniales, en cuyas manos las funciones legislativas y administrativas tuvieron que adquirir una profunda dimensión educadora.

Las colonias inglesas en América del Norte no enfrentaron ninguno de estos dos desafíos. Con algunas notables excepciones, de que dan testimonio los procesos de Salem, en ellas la fe religiosa fué considerada como un asunto íntimo, mientras que las tribus indígenas que poblaban esos territorios fueron tratados como naciones independientes con las cuales había que hacer la guerra o mantener relaciones de naturaleza diplomática.

Después de la emancipación, las naciones latinoamericanas tuvieron que seguir apoyándose fuertemente en una armazón legal para vencer las fuerzas centrífugas provenientes de sus características geográficas, económicas, étnicas, sociales y políticas, y alcanzar un mínimo de integración nacional. Esta preocupación se expresó, en el derecho, en la preferencia que se asignó en todos nuestros países a la legislación sobre la propiedad, la tenencia de la tierra, el registro civil y el matrimonio, aspectos eminentemente relacionados con el ordenamiento social y la integración de los correspondientes países.

Más adelante, la inclusión del derecho entre los principales intereses de las nuevas clases medias reforzó el carácter pasivo de nuestros ordenamientos jurídicos. Se ha sostenido que, históricamente, los sectores medios latinoamericanos han carecido del empuje que caracterizó al "bourgeois conquerant" en Europa o al esforzado inmigrante norteamericano. Debe recordarse que el desarrollo de las

clases medias en América Latina marchó codo a codo con las tendencias hacia la urbanización y la industrialización en nuestro continente. Hoy se ha convertido en un lugar común denunciar la "insuficiencia dinámica" de que han adolecido ambos sectores.

En primer lugar, muchos pensaron que en nuestro continente la urbanización y la industrialización deberían haber avanzado al unísono, como ocurrió en el caso europeo, pero esta suposición resultó errada. Cronológicamente, en efecto, el crecimiento urbano, que ya era notable a comienzos del siglo pasado, precedió al auge de la industrialización basado en la sustitución de exportaciones que tuvo lugar a partir de la crisis de los años 30. Incluso en la actualidad el crecimiento de nuestras ciudades sigue un ritmo más rápido que la creación de nuevas oportunidades de trabajo en la industria y en el sector terciario, para no decir nada de la agricultura. La emergencia y expansión de importantes grupos marginales en torno a las principales ciudades es la consecuencia residual y trágica de este desajuste.

La misma insuficiencia que muestran nuestras ciudades para absorber una creciente población urbana, se advierte también en el ritmo del proceso de industrialización latinoamericano. La industria nacional, en la región, se expandió a la sombra de políticas proteccionistas, basadas en el establecimiento de elevadas tarifas arancelarias, tipos de cambio preferenciales, monopolios estatales y de un complejo sistema de ventajas crediticias o tributarias, una crisálida que hasta ahora la industria latinoamericana ha demostrado ser incapaz de abandonar.

Los sectores medios de la región se identificaron, pues, con el proceso ya descrito de "urbanización sin industrialización" así como, por otra parte, con el proceso bien conocido de "industrialización sin desarrollo". Una tesis reciente sostiene que las clases medias tendieron a adoptar los valores aristocratizantes de los grupos tradicionales, con sus actitudes de apego al orden establecido y de desconfianza frente al cambio, y con su desdén por el trabajo. Los grupos empresariales latinoamericanos se habrían reclutado principalmente entre elementos calificados como "desviacionistas" en relación con las pautas socialmente admitidas, y de un modo especial entre los inmigrantes e hijos de extranjeros.

Una notable característica desarrollada por estos sectores fue su marcada predilección por los instrumentos legales como medio para reglamentar y controlar la ejecución de sus políticas, lo que en otro lugar ha sido descrito como la adhesión de las clases medias al "estado de derecho". La prosecución de los objetivos enumerados más arriba dió lugar a una verdadera parafernalia de disposiciones legales, las que en general participaron de un carácter más proteccionista que promotor, como consecuencia de las bases sociológicas en que se inspiraron.

### 3.

Las diferencias entre el derecho de inspiración romanista y el derecho anglosajón contribuyen también a explicar el carácter comparativamente más estático y

conservador que presenta, en general, el primero. Debe anotarse que estas diferencias a su vez tienen un origen sociológico, dependiendo de las funciones y de la esfera de acción que atribuye a la ley el sistema social respectivo.

En breve, las principales diferencias entre ambos sistemas jurídicos son las siguientes:

- a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglo-sajón, la jurisprudencia continental y latinoamericana ha sido influida decisivamente por la recepción del derecho romano. El derecho de inspiración romanista, se apoya en una fuerte estructura lógica que, debido a su carácter abstracto, ha demostrado una gran capacidad para perdurar a través de profundas mutaciones históricas. En cambio, el derecho anglo-sajón es el producto de una gradual evolución histórica en que subsisten instituciones feudales junto a una gran cantidad de innovaciones.
- de lo anterior se desprende una importante diferencia en cuanto a las fuentes del derecho. En el derecho anglo-sajón, el precedente y la sentencia es una de las principales fuentes. En cambio, en el derecho de origen romanista la principal y casi exclusiva fuente del derecho es la ley, lo que determina que la interpretación judicial tenga un papel limitado.
- lo anterior determina también diferencias que se refieren a la forma en que se presenta el derecho. El derecho latino ha seguido una persistente tendencia a la codificación, mientras que en los países anglo-sajones predomina el derecho no escrito, basado en el "Common Law".
- se advierten importantes diferencias en cuanto al método para interpretar la norma jurídica. En los sistemas romanistas, el juez o el jurisconsulto avanza desde las reglas generales hasta las decisiones individuales, aplicando un método deductivo. En los países anglo-sajones, en cambio, los principios no se deducen sino que se construyen con ocasión de las decisiones adoptadas en relación con casos individuales, es decir, se aplica un método inductivo. Se supone que este último es más favorable que el anterior a la evolución y a la adaptación de la ley a las cambiantes condiciones sociales.

Esta última distinción que constituye tal vez la principal diferencia entre ambos sistemas jurídicos, tiene una explicación histórica cuyos orígenes hay que buscar en el Viejo Continente. Mientras que los jueces ingleses construían nuevos principios sobre la base de un cúmulo de casos particulares, los jueces continentales se ocupaban de resolver litigios entre particulares mediante la aplicación de principios generales. La razón está en que los primeros, habiendo contado con un desarrollo histórico ininterrumpido durante siglos, pueden mirar lejos hacia atrás en busca de precedentes. No sería posible hacer lo mismo en el continente, cuya historia ha sido sacudida por profundas revoluciones y ha presenciado una serie de reconstrucciones legislativas bastante radicales.

La opinión convencional, de acuerdo con la cual el derecho anglo-sajón es más flexible y evolutivo que el de inspiración romana, ha sido controvertida sobre



la base de dos argumentos principales. En primer lugar, se ha dicho que el papel predominante que poseen los tribunales o "cortes" en los sistemas anglosajones tiende a orientar el derecho hacia la regulación de asuntos de interés privado, mientras que nadie discute la función pública que cumple la legislación en los países continentales o latinoamericanos. En segundo lugar, se sostiene que en estos últimos países los jueces inferiores gozan de mayor libertad frente a los superiores, pudiendo modificar frecuentemente la jurisprudencia ya establecida, en contraposición con el servilismo de los jueces anglosajones frente al precedente. Ambos argumentos poseen un valor dudoso. El primero de ellos silencia el hecho de que, debido al divorcio existente en los países de tradición latina entre el proceso legislativo y la función de los jueces, el anterior con frecuencia queda entregado a personas completamente ajenas a la profesión legal. En cuanto al segundo, podría pensarse que en nuestros países la esclavitud de los jueces frente al precedente sólo ha desaparecido para ser reemplazada por su sometimiento al código.

#### 4.

Otro factor que ha influido en la obsolescencia del derecho ha sido el progresivo aislamiento de los juristas en relación con el desarrollo de las ciencias sociales en América Latina. Al observar la evolución de estas disciplinas en la región, es posible distinguir tres etapas.

La primera puede caracterizarse como lo era de los "pensadores". Juristas, historiadores, ensayistas y hombres de letras describen la "realidad" de sus respectivas naciones y conciben fórmulas y sueños destinados a conferirles una organización en lo interno y un sitio entre los pueblos del mundo. Como los "filósofos" del siglo XVIII, en actitud de profundo compromiso con las circunstancias de lugar y tiempo en que escriben, analizan los problemas completos de sus países usando el lenguaje y el estilo de la filosofía. Desde Alberdi, Hostos, Lastarria, Mora y Sarmiento hasta Arguedas, Bunge, Encina, Mariátegui y Rodo, una larga sucesión de escritores entrega un conjunto de interpretaciones acerca de los problemas de sus países, que han sido llamadas presociológicas, y que tuvieron profunda influencia en la orientación posterior de los mismos.

Los "catedráticos" introdujeron tales preocupaciones en las universidades e imprimieron un estilo diferente a los estudios sociales. En la segunda mitad del siglo pasado se reorganizaron algunos de los planteles de educación superior existentes y se crean algunos otros. Una de las consecuencias de este movimiento fue la inclusión de las ciencias sociales en los programas universitarios. Los estatutos de la Universidad de Chile, promulgados en 1842, establecían ya una Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. En esta etapa, los estudios sociales se expresan principalmente a través de los "tratados", cuya segunda versión disminuida y simplificada dió lugar a esos manuales" que tanto han contribuido a

anquilosar la enseñanza y a sepultar la investigación en la universidad latinoamericana. Los catedráticos demostraban especial predilección por las llamadas "introducciones", tratábase del estudio del derecho, la economía o las ciencias sociales. Cuando se referían a su propia obra, la calificaban de sistemática, tratando posiblemente de contrastarla con el estilo más libre que empleaban sus predecesores. Se trataba, en verdad, de una labor ecléctica, enciclopédica y carente de altura, cuya contribución al desarrollo de los países fue muy inferior a la de los "pensadores".

A partir de la Segunda Guerra Mundial, hace su aparición un nuevo personaje en los estudios sociales de la región. Una promoción de "científicos", generalmente formados en un centro extranjero y premunidos de los instrumentos teóricos y metodológicos de la investigación más moderna; ocupan su sitio al lado de los estudiosos tradicionales, comienzan a producir un volumen creciente de trabajos serios y dan origen a una incipiente pero auténtica comunidad científica. La situación, al presente, es la de una amplia generación de científicos sociales que están tratando de emerger e imponerse con características propias dentro de un medio intelectual en que los "pensadores" y "catedráticos" han impreso profundas huellas —especialmente estos últimos— han dejado establecidas sólidas estructuras de poder.

Los juristas participaron fecundamente en la primera etapa del pensamiento social en América Latina. Posteriormente, se identificarán en forma excesiva, y hasta llegaron a asumir el control de la era de los "catedráticos". Habiendo demostrado grandes dificultades para avanzar más allá de ellas, en general los hombres de derecho se han mantenido desde entonces al margen del movimiento moderno en el campo de las ciencias sociales. No es necesario comentar las profundas consecuencias que esto último ha tenido sobre la pérdida de actualidad no sólo de la profesión legal sino de los conocimientos jurídicos, en su conjunto.

##### 5.

A lo largo de los últimos años se han realizado considerables esfuerzos para fomentar las ciencias sociales en América Latina y ponerlas al servicio del desarrollo de la región. Estos esfuerzos se han expresado, por ejemplo, en la creación y expansión de numerosos centros de estudios y capacitación, tanto nacionales como regionales, consagrados a las disciplinas más significativas para el desenvolvimiento económico. Así por ejemplo, se ha estimulado la investigación y adiestramiento avanzado en el campo de la planificación de las ciencias sociales aplicadas —especialmente la economía y la sociología y, en menor medida, la ciencia política y la administración pública y de empresas. Como casos ilustrativos de tales esfuerzos pueden mencionarse el Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social (ILPES), la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el Instituto para la Integración de América Latina

(INTAL), junto con diversos centros nacionales que ya han adquirido una importancia regional, tales como la Fundación di Tella en Argentina, la Fundación Vargas en Brasil, el Colegio de México, el Centro de Estudios del Desarrollo de Venezuela, Centros de Investigaciones Económicas de la Universidad de Los Andes, en Bogotá, y varios otros.

A la luz de estos hechos, resulta paradójal que se haya restado importancia al papel que corresponde al derecho y a los juristas en el proceso de desarrollo. Aunque se ha reconocido que los cambios legales e institucionales constituyen un requisito esencial para el éxito de este proceso, la modernización del derecho no siempre ha avanzado con la rapidez y la flexibilidad que hubiera sido de esperar. Conocidas son las críticas que se formulan a la falta de eficiencia del trabajo parlamentario, lo que en parte podría explicar la frecuencia con que se ha recurrido a la legislación delegada o a medidas legislativas emanadas del ejecutivo. Puede observarse también que gran parte de las medidas legales adoptadas en los últimos decenios se han debido a la iniciativa de especialistas en otros sectores del desarrollo, y no siempre han contado con la asesoría de los juristas.

Aunque los juristas han influido de manera importante en la evolución política y económica de la región, por regla general su papel no ha sido el de un abogado preparado para atender los aspectos legales del desarrollo, sino que más bien han actuado como economistas, planificadores o cientistas sociales, aspectos en los cuales han adquirido cierta capacitación, ya sea a través de un período de formación académica adicional (generalmente en el extranjero) o simplemente en virtud de la experiencia (por lo general), en la gestión gubernativa). Los esfuerzos que se han efectuado por perfeccionar la enseñanza del derecho en el contexto del desarrollo todavía son limitados, y menores son las iniciativas encaminadas a estimular la investigación de los aspectos jurídicos de este último proceso.

### III.—ALGUNAS DE LAS TAREAS MAS APREMIANTES

#### I.

No quisiera concluir sin formular algunas sugerencias prácticas. Al reflexionar sobre las principales tareas que habría que acometer con el objeto de acelerar la modernización del derecho, pueden adoptarse dos puntos de partida. El uno consiste en tomar la actual estructura económica, social y política de los países latinoamericanos, así como su posición dentro del cuadro de las relaciones internacionales, como un "hecho de la causa", para definir a continuación los pasos que tendría que dar el derecho para ponerse a tono con esas realidades y tendencias. El otro partiría del supuesto de que las actuales estructuras deben ser cambiadas radicalmente, a través de un proceso revolucionario, para llegar a la conclusión de que los hombres de derecho deberían dedicarse a imaginar las reformas jurídicas en que deberían expresarse las nuevas estructuras sociales.

El carácter académico, y no político, que desea tener este documento, nos obliga a adoptar el primero de estos puntos de partida. Sería más atractivo y más fácil dar rienda suelta a la imaginación, construyendo en el papel "principados y repúblicas que jamás se han visto" y procediendo a revestirlas de una superestructura jurídica. Estimamos, sin embargo, que la primera de estas tareas es esencialmente política y que en ella el jurista, en cuanto profesional, no tiene ningún papel especial, como no sea el de estar preparado para diseñar los instrumentos legales requeridos para proporcionar un "tren de aterrizaje" a las nuevas instituciones, en caso de tener éxito un proceso revolucionario. Debe notarse, con todo, que los hombres de derecho han mostrado carecer de la preparación necesaria para cumplir esta tarea incluso en relación con la evolución actual de las instituciones sociales, económicas y políticas.

En la sección siguiente identificaremos algunas "áreas de problemas" de mayor importancia actual en América Latina, definidas en términos muy amplios, y a continuación mostraremos muy brevemente lo que falta por hacer en cada una de esas áreas desde el punto de vista jurídico.

## 2.

Es aventurado intentar en unas pocas líneas identificar las principales áreas de problemas existentes en América Latina. Aunque la región ha experimentado importantes progresos en el último periodo, hoy es posible reconocer que la mayor parte de estos avances han tendido a quedar confinados dentro del sector moderno de las sociedades respectivas. Esto explica la coexistencia, aparentemente contradictoria, de visiones "optimistas" y "pesimistas" respecto de este proceso.

Entre los progresos alcanzados se suelen destacar el aumento del producto global en prácticamente todos los países; el avance de la industrialización, el crecimiento de la inversión pública y la implantación de reformas tributarias, cuyo principal efecto ha sido el de acelerar la transferencia de ingresos hacia el sector público; el aumento de las reservas monetarias; la implantación de algunos mejoramientos administrativos, y el éxito alcanzado por ciertos países en sus políticas de estabilización. Sin embargo, al analizar estos avances se advierte su estrecha conexión con el sector más moderno de los sistemas económico-sociales latinoamericanos así como el reducido impacto que han tenido sobre los sectores marginales de dichas sociedades, como lo demuestra sobre todo la presencia de elevadas tasas de desocupación, estimuladas por la obsolescencia del agro, la pauta prevaleciente en el proceso de desarrollo industrial, la consolidación de una estructura marcadamente piramidal en la distribución del ingreso y del consumo, y el ritmo de crecimiento demográfico. A todo esto se agrega el reconocimiento de las necesidades de perfeccionar la organización interna para el desarrollo, de que disponen los países latinoamericanos, en una época en que el carácter marginal y aleatorio de la ayuda externa (que durante el pasado decenio sólo aportó

un 7% de los recursos destinados para fines de inversión en todo el continente) ha sido objeto de exhaustivo análisis.

La necesidad de establecer sobre nuevas bases la estructura industrial latinoamericana y su capacidad para exportar; de incorporar las masas marginales al sector más dinámico de nuestras economías y, sobre todo, de fortalecer la capacidad interna de los países para impulsar su desarrollo, permiten vaticinar que en los próximos años las naciones latinoamericanas tendrán que encarar:

- un programa para el sector moderno de la economía, enfatizando las nuevas perspectivas del desarrollo industrial (y la necesidad de superar sus problemas de escalas, organización y tecnología); la promoción del financiamiento de sus exportaciones; el desarrollo de sectores estratégicos para la generación de recursos en moneda extranjera (pesca, turismo, etc.); la conservación de los recursos naturales; el apoyo y la supervisión a la empresa pública y privada, etc.
- un programa para el sector marginal, con énfasis en el desarrollo agrícola (modificación de los regímenes de tenencia de la tierra, formación de un nuevo tipo de explotación agrícola, apoyo a la agroindustria y a la producción de alimentos); en el desarrollo urbano integrado, y en la solución de los problemas planteados por las elevadas tasas de crecimiento de la población y el desempleo.
- un programa de apoyo a la infraestructura institucional y técnica requerida para sustentar el esfuerzo de desarrollo, que incluya el apoyo al proceso de planificación, a las actividades de preinversión, al desarrollo institucional, a la formación de recursos humanos la educación en todos sus niveles y a la formulación y aplicación de políticas científicas y tecnológicas adecuadas a las necesidades de la región.

### 3.

Llama la atención el hecho de que los abogados hayan permanecido en su mayor parte ausentes de los esfuerzos que se están llevando a cabo para atender los problemas antes mencionados. En esta sección se pasa revista, breve y sumariamente, a algunas de las tareas más urgentes que están llamados a cumplir los hombres de derecho en relación con esos sectores.

a) Gran actualidad revisten los problemas jurídicos envueltos en las relaciones comerciales y financieras de los países latinoamericanos con el mundo industrializado. Ejemplo de estos problemas son los que hasta ahora han obstaculizado la puesta en práctica de los importantes acuerdos adoptados en las reuniones celebradas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNTAC), en Ginebra y Nueva Deli; los que se refieren a la negociación y formalización de acuerdos internacionales para estabilizar los precios de los productos primarios, como el del café; los relacionados con la convergencia de las legislaciones comerciales entre distintos países, así como con un mejor conocimiento de las características legales que presentan los mercados externos, con miras a promover las exportaciones, etc.

De igual importancia sería estudiar en forma más atenta los aspectos legales concernientes a los mecanismos y condiciones a que se supedita la transferencia de la tecnología avanzada hacia los países de la región, o al estímulo de la capacidad de innovación local. Así, por ejemplo, el manejo adecuado de la distinción que existe entre la compra de una marca determinada y los diversos diseños cuya venta suele ser ofrecida conjuntamente con la marca, fue de enorme utilidad para los japoneses, quien tempranamente desarrollaron una gran capacidad de diseño local. Del mismo modo, los abogados podrían ayudar eficazmente a distinguir entre los costos en que se incurre al adquirir una licencia en el extranjero por concepto de pago de *royalties* (costos ostensibles) y por conceptos de sobrefacturación o sobreprecio en la compra de piezas y componentes cuya adquisición en determinadas fuentes forma parte del correspondiente contrato (costos encubiertos). También debería ser tarea de los abogados ayudar a los gobiernos a diseñar políticas y medidas de estímulo a la tecnología legal, en los planos tributarios, arancelario, crediticio, cambiario y otros.

Más amplio aún es el campo que habría que abordar en relación con las disposiciones legales que rigen las sociedades comerciales. Se destaca aquí el papel que debería cumplir el derecho en la ampliación de las sociedades anónimas "cerradas" y de las compañías cuyo control permanece en manos de una sola familia, características de América Latina. El fortalecimiento de los mercados nacionales de capital, a través de la creación de instituciones financieras y bancos de desarrollo, de la adecuada protección de las minorías en las sociedades anónimas y de varios otros medios, es otra importante tarea.

b) En otro plano, será necesario proseguir e intensificar la investigación relacionada con el desarrollo rural y la reforma agraria, especialmente en lo tocante a saneamiento y transmisibilidad de los títulos de dominio, al distinguo entre tierra y mejoras desde el punto de vista de la propiedad; a la aprobación de nuevas formas de empresa agrícola, con acento en la acción colectiva, a través de cooperativas y otros mecanismos similares; a la creación de sistemas que mejoren las posibilidades de obtener crédito de los pequeños agricultores, mediante la modificación de los requisitos actualmente vigentes en algunos lugares, que limitan las facultades de las principales instituciones crediticias, en este sentido, al requerir garantías convencionales; a la propiedad y distribución de las aguas; a la colonización de terrenos no explotados, etc.

Consideraciones similares pueden aplicarse al desarrollo urbano y regional, campo en donde será preciso idear fórmulas que permitan a la comunidad retener una parte de la plusvalía o de los inmuebles y dar mayor movilidad al mercado de la tierra urbana. También será preciso establecer sistemas de expropiación más flexibles, que permitan llevar a cabo proyectos de remodelación urbana en forma eficiente. Habrán de estudiarse las bases de la tributación municipal y local, a fin de mejorar la capacidad de los conglomerados urbanos o regionales para generar recursos financieros, y habrá que evaluar la posibilidad de transferir recursos de los gobiernos centrales a las regiones. Será necesario también

facilitar el acceso de los pobladores marginales a los servicios crediticios y la tenencia de predios urbanos y, por último, crear autoridades metropolitanas más efectivas sobre una base más amplia que los actuales municipios.

Se menciona, finalmente, la conveniencia de estudiar el posible impacto restrictivo de la actual legislación laboral sobre los niveles de empleo.

**c) Muy alta prioridad debe darse al estudio de las normas constitucionales que inspiran los regímenes políticos y administrativos de nuestros países, acentuándose la necesidad de adaptar las disposiciones que regulan los derechos a la propiedad y al trabajo, que delimitan las esferas de acción de los poderes ejecutivo y legislativo, que determinan el procedimiento de formación de las leyes y fijan las bases de la administración pública y de las autoridades locales, a las necesidades del cambio económico y social.**

Es urgente la necesidad de realizar los estudios jurídicos requeridos para modernizar los servicios públicos y la organización administrativa de los países, y encuadrarlos mejor en las exigencias del desarrollo. Especialmente importante es el análisis de los obstáculos que se interponen entre el proceso de planificación, por una parte, y los ministerios y agencia ejecutivas, por otra; entre la administración central del país y las empresas públicas o instituciones autónomas del estado, así como también entre las autoridades metropolitanas y provinciales. Así mismo, es importante llevar a cabo los estudios necesarios para iniciar o acelerar la reforma tributaria en América Latina, y para crear sistemas modernos de inscripción de la propiedad que faciliten la transferencia del dominio y la aplicación de impuestos más eficaces.

En el plano regional, no ha avanzado suficientemente el estudio de los aspectos legales e institucionales de la integración económica regional, especialmente en el caso de las medidas que habría que adoptar para iniciar la formación del Mercado Común Latinoamericano, en la forma en que fue aprobado en la Declaración de los Presidentes de América, en 1967, y en relación con el Grupo Andino. En tal sentido, habrá que promover la mayor utilización de los mecanismos legales relacionados con los convenios de complementación industrial, con la formación de empresas multinacionales latinoamericanas con el desarrollo integrado de zonas geoeconómicas en que participen dos o más países, y con otras materias similares

### **RESUMEN Y CONCLUSIONES**

En el documento se sostiene que el derecho puede tener un carácter expresivo o instrumental, según los casos. Cuando el derecho presenta un carácter marcadamente instrumental, se abre la disyuntiva de que actúe como un agente de conservación o de cambio frente al proceso social. Por último, en aquellos casos en que el derecho actúa como un factor de cambio, cabe formular una nueva distinción según se comporte como un agente independiente o coadyuvante.

Funciones del Derecho frente al Cambio Social

---

expresivo

de conservación

independiente

instrumental

de cambio

coadyuvante

---

Finalmente, se sostuvo que, de acuerdo con las circunstancias históricas, el derecho podía cumplir una función más o menos integrativa o promocional.

A la luz de este marco teórico, del documento se desprenden las siguientes proposiciones.

1) Cuando el derecho cumple una función preponderantemente expresiva se excluye, por definición la posibilidad de que pueda actuar como un agente favorable al cambio.

2) En aquellas situaciones en que el derecho ha adquirido un carácter marcadamente instrumental, es necesario admitir que puede ser usado igualmente para reforzar el status quo o para facilitar el cambio social.

3) La evidencia disponible muestra que en raras ocasiones el derecho se ha comportado como un agente autónomo de cambio, ya sea que se trate de (a) cambiar verbalmente las estructuras de una sociedad mediante instrumentos legales, (b) introducir disposiciones aisladas que contrarían el sentir de la comunidad o (c) cambiar el estatuto jurídico de determinados grupos sociales.

4) El derecho actúa de una manera favorable al cambio con mayor facilidad en aquellas esferas de la vida social que tienen un carácter más instrumental (la economía, la ciencia, y la tecnología), en comparación con aquellas otras esferas que poseen un carácter más expresivo (la religión o la familia).

5) En suma, el papel del derecho y del jurista es coadyuvar al proceso de cambio, proporcionando un "tren de aterrizaje" jurídico a los nuevos planes, proyectos e instituciones.

6) En la evolución del derecho contemporáneo se observan las tres tendencias siguientes: (a) el derecho ha evolucionado de lo expresivo a lo instrumental; (b) ha evolucionado también de lo judicial (o integrativo) a lo institucional (o promocional), y (c) ha experimentado profundamente el impacto de los avances tecnológicos y organizativos registrados en las sociedades modernas.

7) En las sociedades latinoamericanas, históricamente el derecho ha tenido



una función principalmente integrativa; los requerimientos actuales le exigen cumplir un papel más promocional.

8) Entre los factores que explican esta característica que el derecho ha presentado en el pasado, se cuentan: (a) la peculiar evolución histórica de América Latina; (b) las características particulares del derecho de inspiración romanista, en comparación con el anglo-sajón, y (c) el aislamiento en que se han colocado el derecho y los juristas frente al resto de las ciencias sociales, durante las últimas décadas.

9) La modernización del derecho en América Latina y la acentuación de su carácter promocional no se decidirá única ni principalmente en el mejoramiento de la enseñanza legal, sino en una intensa labor de investigación y creación jurídica en los sectores más vitales para el desarrollo de la región.