

COS R
Nº 17
JUNIO
1971



09174
DIAS

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA¹

LIC. CARLOS JOSE GUTIERREZ G.
Decano de la Facultad de Derecho

De todas las tareas que se señalan como propias de la Universidad creo que la docente es la fundamental. Por ella entiendo tanto la trasmisión de la cultura como la formación de los cuadros profesionales, que constituyen la dirigencia intelectual de todas las sociedades. Pero, eso sí, no veo cómo pueda pensarse en realizar una labor docente sin que ella se fundamente en tareas de investigación. Ambas son en verdad inseparables. La investigación vivifica la enseñanza y la obligación de llevar a cabo la segunda es fuerte acicate para la primera.

Dada la primordialidad de la tarea del desarrollo en América Latina es indudable que la investigación universitaria debe ser vista no sólo en ocasión de la enseñanza sino también como contribución a aquélla. Dos son las formas en que la investigación universitaria ha de contribuir al desarrollo: el conocimiento de la realidad nacional y el enjuiciamiento de la forma en que se cumplen los planes nacionales por los organismos gubernamentales. Ambas son labores típicamente universitarias. Si en la Universidad es donde se encuentran los profesionales de más alto nivel en los distintos campos del saber humano, si es en ella donde estos pueden encontrar el mejor ambiente para su actividad investigativa, dado que la pueden realizar en un plano objetivo, de estabilidad completa en sus posiciones, de continuidad en sus tareas y de medios adecuados para efectuarlas, lógico es que sea la Universidad el principal foco de la investigación sobre la realidad y necesidades nacionales. Esas mismas condiciones son las que señalan la posibilidad que los centros universitarios de investigación estén mejor capacitados para efectuar una crítica objetiva de los planes de desarrollo y mantener

(1) El presente trabajo constituyó la presentación general del tema en la Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo celebrada en Valparaíso, Chile, del 5 al 9 de abril de 1971, bajo el patrocinio del Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades chilenas y el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Con posterioridad a la conferencia se han hecho algunas revisiones en el texto original.

una vigilancia constante sobre la manera en que ellos se llevan a cabo.⁽²⁾

1. La tarea de las Facultades de Derecho:

Si la investigación es una actividad necesaria e ineludible del quehacer universitario habrá de tener igual esencialidad para las Facultades de Derecho. En forma clara fue ello señalado en la "Declaración de Principios sobre la enseñanza del Derecho en América Latina", que, en el párrafo primero del artículo primero, señala la misión que a ellas corresponde en los siguientes términos:

"Compete a las Facultades de Derecho de América Latina la investigación, enseñanza y difusión de los sistemas jurídicos..."⁽³⁾

y en forma todavía más específica, agrega luego:

"I. 2. Para el cumplimiento de sus finalidades, las Facultades de Derecho de América Latina desempeñan, en un régimen de plena libertad de Cátedra e Investigación, las siguientes funciones:

a...
b...
c...

d) La organización y desarrollo de la investigación jurídica y social, especialmente orientada a la solución de los problemas propios de la región y de los comunes con las naciones hermanas".⁽⁴⁾

La responsabilidad por la investigación académica la encontramos definida en una forma más precisa en las Normas de la Asociación Norteamericana de Escuelas de Derecho que, gracias a una reforma introducida en 1959, contienen los siguientes conceptos:

"II. 7. Responsabilidades en investigación: El profesorado tiene una importante responsabilidad tanto en el avance como en la transmisión de conocimientos. Una Escuela Miembro tiene la obligación de ayudar a sus profesores a cumplir esa responsabilidad. Entre otros, los siguientes factores tienen importancia para determinar si una escuela ha cumplido dicha obligación:

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

- a) Reconocimiento a la capacidad creativa y promoción de los profesores.
- b) Número de horas lectivas y áreas de estudio de las cuales es responsable cada profesor.
- c) Políticas y prácticas referentes a la reducción de la carga docente, liberación de tareas administrativas o de integración de comités y permisos para ausentarse, retribuidos o no, destinados a hacer posible para los miembros del profesorado dedicarse a la creación académica.
- d) Políticas y prácticas relativas a apoyo financiero para dotar a los profesores de asistentes de investigación, y llevar a cabo estudios de campo, viajes y actividades de investigación.
- e) Adecuada asistencia secretarial y de biblioteca.
- f) Porcentaje o cantidad incluida en el presupuesto de la Escuela a la Investigación"⁽⁵⁾

En ambos documentos la tesis es clara y la misma: las Facultades de Derecho están en la obligación universitaria de llevar a cabo labores de investigación.

2. El Problema Inicial: La Naturaleza del Derecho:

Una investigación supone cuatro cosas distintas: El objeto sobre el cual se investiga, las personas que la realizan, los métodos e instrumental con los cuales se trabaja, y los propósitos con los cuales se lleva a cabo.

Puede ser deformación personal de un profesor de Filosofía del Derecho pero creo que lo más importante es la concepción que se tenga por parte del investigador, sobre la naturaleza de lo jurídico. Kant, en el siglo XVIII, señaló el carácter problemático del concepto de derecho al decirnos:

"Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho".⁽⁶⁾

y H. L. Hart nos demuestra que la situación se mantiene idéntica en nuestra época con el siguiente párrafo:

(2) Para un análisis completo de estas ideas véase mi artículo "La Universidad y el Desarrollo en América Latina", *Revista de Ciencias Jurídicas*. (Nº 11 Julio 1968), págs. 11-39.

(3) Aprobada en las Conferencias de México (1959) y Lima (1961) y editada en recordación de la Última Conferencia Organizada por la Universidad de Chile (1963).

(4) Ibid.

(5) Citadas por S. Harper en "Caution, Research Ahead", *Journal of Legal Education* (Nº 13 1961), Vol. 13, pág. 411.

(6) Citado por G. del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, XII Edizione Riveduta. Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano 1963), pág. 205.

"Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas, como la pregunta: "qué es el derecho". Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la "Naturaleza" del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas: "qué es química" o "qué es medicina" como la hay para responder a la pregunta: "qué es derecho". Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es "lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades" o "una predicción de lo que los médicos harán" o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del derecho, se ha dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como esas y no sólo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial.⁽⁷⁾

Pese a su carácter problemático, no hay duda de que el concepto que se tenga sobre el Derecho ha determinado siempre y determina hoy en día el método, la perspectiva y el propósito que se tenga en mente para realizar una investigación jurídica. Para ello basta con señalar someramente lo ocurrido en algunas épocas.

La creencia en un Derecho Natural, parte de la ley dada por Dios al Universo, llevó a los iusnaturalistas de la Escuela Cristiana a constituir la Ciencia del Derecho Natural y a concebir como tarea de la investigación jurídica la comprensión de los principios inspiradores de esa ley, mediante el estudio de los textos bíblicos y el contraste de las opiniones emitidas por los autores griegos y los Padres de la Iglesia.⁽⁸⁾

(7) H. L. Hart: *El Concepto de Derecho*. Trad. del Inglés, Abeledo Perrot. (Buenos Aires, 1963). págs. 1-21.

(8) T. de Aquino, *Suma Theologica*. 1-2 questios 90-92. F. Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Versión Española por José Ramón Eguiller, Muniozguren S. I, Madrid, 1968. Tomo II, Libro II.

Biblioteca de la Facultad

Durante los siglos XVII y XVIII, los problemas a determinar por la vía de la deducción racional, fueron el contenido del contrato social, las reglas que podían conformar la conducta de un hombre ideal en un estado ideal de las cosas, una serie de derechos naturales y una técnica de aplicación de esas reglas y derechos.⁽⁹⁾

En el siglo XIX, los problemas de la ciencia jurídica se vieron como la determinación analítica, histórica o filosófica, según la opinión de cada cual, de la naturaleza del derecho para poder enfocar con esa base la tarea crítica de los preceptos legales, doctrinas e instituciones.⁽¹⁰⁾

La investigación empírica actual, que trata de comprender al derecho en la interrelación de los procesos sociales y para la cual, el problema básico no es la esencia de lo jurídico sino lo que hace el derecho, como lo hace, que puede hacerse por su medio y como, es hija legítima de la Jurisprudencia Sociológica de Roscoe Pound, del experimentalismo de Dewey y del realismo legal de Llewelyn y Frank. El énfasis en el examen de hechos sociales, económicos y psicológicos para determinar como afectan el proceso jurídico y son afectados por, éste es producto de una concepción sobre el derecho positivo que lo ve como una forma de control social, incomprensible fuera del contexto en el cual se produce.⁽¹¹⁾

Cabría finalmente apuntar que el prejuicio, que los latinoamericanos heredamos del sistema continental europeo, de estimar que el derecho es tan solo la norma escrita de promulgación legislativa es uno de los principales motivos por los cuales nos hemos preocupado poco por estudiar la rica cantera creativa de derecho que existe en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que nos lleva a creer posible agotar la investigación jurídica con el comentario exegético de los textos legales, sin estudiar ni la interpretación que dichas normas reciben en los tribunales, ni sus fundamentos o efectos de carácter social.⁽¹²⁾ Igual podría decirse de la negativa

(9) R. Pound, "Introducción" a E. Ehrlich: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. del Alemán Russel & Russel Inc. New York 1922, pág. xxix.

(10) Ibid.

(11) Harper, *Supra*, Nota 5, pág. 416.

(12) Sobre el privilegio de la ley en Europa véase Engisch: *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Traducción del alemán (Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967; págs. 61-85, 223-240.

fundada en el mismo prejuicio, a estudiar las costumbres y prácticas extralegales.

Además del carácter controversial de la noción de lo jurídico, habría que apuntar otras dos características que obligan a considerar el concepto de derecho como elemento determinante de la tarea investigativa. Son ellos la complejidad de los fenómenos sociales y la inexistencia del fenómeno propiamente jurídico. El entrelazamiento de relaciones humanas que constituye la realidad social es de tal amplitud y complejidad que obliga a la mayoría de los investigadores que se ocupan de ella a proceder por el sistema de abstracción relativa de algunas de esas relaciones, a fin de analizarlas fuera del contexto general. Esa labor de escogencia, en el caso del derecho, está determinada en buena parte por el concepto de cuáles son las relaciones sociales de relevancia jurídica.

Por otra parte, como muy bien apuntó Oscar Morineau "no existe el fenómeno jurídico como objeto dado, sino que los hechos adquieren el carácter de hechos jurídicos al ser referidos al derecho".⁽¹³⁾ En todas las circunstancias, nos encontramos ante hechos sociales los cuales, por referirlos al concepto de lo jurídico, adquieren la connotación que los hace objeto de la investigación propia de nuestra disciplina.

Todo ello hace que cada investigador se enfrenta a su tarea desde una perspectiva que colorea de una manera inescapable la forma en que se entiende la labor a realizar, los límites dentro de los cuales ella se lleva a cabo, los métodos que se utilizan y los resultados que se obtenga.

De ahí que no sea posible hablar de "investigación jurídica" como tarea que pueda definirse de una manera universalmente aceptada, sino como labor a concebir y a ejecutar desde un punto de vista circunstancial a una época, tiempo y concepción de lo jurídico.

Personalmente, creo que hoy la tarea posee una connotación mucho más amplia que en otras épocas. No basta con estudiar y comentar la ley sino que además se hace necesario examinar los problemas que hayan surgido de su administración y aplicación, enfocarla dentro de su contexto histórico, comprender el medio

(13) O. Morineau; *El Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1953, pág. 7.

social que rige y enjuiciar los efectos que sobre él produce, observarla dentro de lo que se denomina "cultura jurídica".⁽¹⁴⁾

3. Los Investigadores:

Para investigar se necesitan investigadores. No es esta una actividad fácil ni que pueda llevarse a cabo sin una vocación especial. Como dijo Ortega y Gasset:

"... la ciencia es creación... Es cosa tan alta la ciencia que es delicadísima y —quíerese a no— excluye de sí al hombre medio. Implica una vocación peculiarísima y sobremanera infrecuente en la especie humana. El científico viene a ser el monje moderno".⁽¹⁵⁾

No es suficiente tan sólo con la vocación investigativa. Se requiere además entrenamiento especial para ella y los medios suficientes para llevarla a cabo. El entrenamiento puede ser resultado de una buena formación dada en los cursos profesionales o de postgrado. Pero también puede lograrse con seminarios especiales sobre investigación como los realizados por el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas chileno.⁽¹⁶⁾

Cuando hablo de medios para realizarla más que en instrumental pienso en la necesidad en que se halla el investigador de dedicarse a esas tareas en la forma plena y exclusiva que demanda la tarea investigativa. Encuentro por ello imposible el cumplimiento de la misión encomendada a las Facultades de Derecho mientras no transformen la condición de su profesorado a medio tiempo y a tiempo completo. La socorrida crítica en contra de la Universidad latino-americana de que ella no produce suficiente investigación debe devolverse mediante el apunte de que no puede haber investigación de ninguna naturaleza donde no hay personal dedicado a ella en forma primordial. En el modesto ejemplo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica no ha sido sino con el aumento del profesorado de planta que ha sido posible contar con investigaciones en los distintos campos del saber jurídico. Por

(14) H. J. Steiner, "Legal Education and Socio-Economic Change: Brazilian Perspectives" *The American Journal of Comparative Law* (Vol. XIX-Winter 1971-Number 1), pág. 39.

(15) Misión de la Universidad", en *El Libro de las Misiones*, (Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires-México, 1942), pág. 100.

(16) *Ibid.*, pág. 421. Véase Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, N° 4, Enero 1971.

otra parte, la comparación hecha de la utilización de personal de investigación de tiempo parcial frente los investigadores de tiempo completo o dedicación exclusiva, nos indica ser ésta la única fórmula satisfactoria para un resultado efectivo.

Por otra parte, es necesario hacer diferencia entre la investigación de carácter individual, que no pierde ese carácter en tanto que el investigador cuente con la colaboración de varios asistentes, y la realizada por un grupo o equipo de investigaciones. La primera representa la tarea que cada profesor debe cumplir como parte de su misión de docente. Con una mayor o menor dosis de individualidad le permite mantenerse al día en la disciplina particular que le corresponde, contribuir a su desarrollo científico y realizar la vigilancia que todo especialista debe cumplir sobre las leyes o instituciones que aplican una determinada rama del derecho en la sociedad en la cual vive. A través de esa labor, sobre todo en aquéllas sociedades en las cuales el número de especialistas es reducido, se cumple en debida forma la mayor parte de la tarea investigativa de las Facultades de Derecho.

El trabajo de grupo se presta más para la realización de planes específicos de investigación. Tiene las ventajas de permitir una división de trabajo, acelerar la realización de la tarea, y hacer posible la adopción de un punto de vista interdisciplinario para aquellos programas de investigación que demandan una serie de conocimientos que difícilmente pueden reunirse en una sola persona. Permiten asimismo que el diálogo y trabajo en conjunto de los participantes les haga posible un proceso de crítica interna que en mucho facilita la mayor hondura y pulimiento de los resultados de la investigación. Tienen sin embargo la dificultad de que hacen nacer una mayor cantidad de problemas de índole administrativa y reducen la capacidad del jefe de la investigación para su propia tarea, al enfrentarlo a los múltiples problemas de dirección del grupo. Diluyen igualmente la individualidad del producto obtenido y hacen necesaria una cuidadosa coordinación de los puntos de vista encontrados que puedan surgir en la tarea común.

Un punto estrechamente vinculado con la investigación en grupo es hasta donde debe institucionalizarse mediante la creación de un organismo permanente, o si es mejor formar grupos de carácter temporal para el desarrollo de un programa específico que

340 R
N. 17 REV 14 15 43
desaparezcan una vez que ellos hayan terminado. En mi criterio, entre una y otra solución debe adoptarse un criterio flexible. El número de profesores dedicados a una determinada investigación, el carácter más o menos permanente o circunstancial de las tareas a cumplir, la duración de ella, son factores que deben ser tomados en cuenta antes de determinar cuál sea la mejor política a seguir. En la Universidad de Costa Rica puede hacerse una comparación entre las políticas diferentes seguidas por la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales y la Facultad de Derecho. En la primera, el inicio de las labores investigativas se hizo en una época anterior a la segunda, mediante la creación de tres institutos: Investigaciones Económicas, Investigaciones Sociales, y Estadística. El entusiasmo inicial por la creación de institutos probó luego ser exagerado y condujo a la eliminación del Instituto de Investigaciones Sociales y a la conversión del Instituto de Estadística en una Sección a cargo de la estadística universitaria, queda hoy únicamente al Instituto de Investigaciones Económicas como organismo que en verdad cumple funciones permanentes. En cambio, en la Facultad de Derecho hemos trabajado en los tres últimos años a base de grupos de investigación para programas específicos, aunque consideramos actualmente necesario separar las funciones de Director de las tareas investigativas por los profesores de las que realiza el Jefe del Área sobre los estudiantes y crear una estructura administrativa permanente que reduzca el cumplimiento de tareas de esa índole por los investigadores.

4. Tipos de Investigación:

Por el tipo de metodología y las fuentes utilizadas se acostumbra diferenciar la investigación doctrinal de la investigación empírica:

1) Investigación Doctrinal:

La primera ha sido descrita por Albert J. Harno con los siguientes términos:

"en la investigación doctrinal, el objetivo principal es aclarar el derecho, tomar una posición, dar razones cuando hay un conflicto legal y tal vez, sugerir métodos para mejorar el derecho".⁽¹⁷⁾

(17) Harper, Supra Nota 5, pág. 415.

Es frecuente que se utilice para este tipo de investigación el nombre de "dogmática jurídica". La justificación del término ha sido hecha por Sebastián Soler que nos señala que en este tipo de tarea, el derecho es visto desde dentro de su ámbito de validez, desde una posición acrítica intemporal. La norma es tomada como un dato seguro, indiscutido, inalterable, a lo menos, durante el curso calculado de la acción. Al convertirse la norma en dato no cuestionable se le da el rango de dogma.⁽¹⁸⁾

Ya Ihering había señalado las condiciones de este tipo de conocimiento a partir de las reglas de derecho. Esta tarea implica el descubrimiento de dichas reglas, tanto expresas como latentes o implícitas, que se formulan y replantean constantemente a través de la actividad doctrinal. Nos agrega:

"la experiencia ha demostrado que el derecho es un manantial inagotable, de donde la práctica y la teoría extraen sin cesar reglas subjetivamente nuevas, es decir hoy desconocidas; así como las fórmulas de todos los tiempos demuestran a su vez, que son susceptibles de desarrollo y perfección".⁽¹⁹⁾

En la exposición de Ihering queda bien claro el carácter deductivo de este tipo de actividad. Señala que las reglas de derecho se deducen "por medio de la abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima". Las diversas relaciones jurídicas se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas. Las reglas se descomponen en conceptos o definiciones jurídicas, cuerpos simples que permiten su análisis, su elaboración racional, la composición de las distintas reglas, y la creación de nuevas nociones mediante la combinación de los diversos elementos. La tarea se concreta en:

"encumbrar las reglas de derecho a la categoría de elementos lógicos del sistema".⁽²⁰⁾

Es indudable que la investigación de este tipo requiere una amplia labor de infraestructura. Podríamos reconocer tres aspectos básicos en ella:

(18) S. Soler: *Las palabras de la Ley*, (Fondo de Cultura Económica, México, 1969), págs. 118-127.

(19) R. von Ihering: *La Dogmática Jurídica* (Editorial Losada, Buenos Aires, 1946), pág. 23.

(20) *Ibid.*, pág. 32.

a) **Biblioteca:** Tal y como se anunció en las normas correspondientes de la Asociación Norteamericana de Escuelas de Derecho, una tarea de investigación requiere: "Adecuada asistencia secretarial y de biblioteca".

Resulta imposible y poco fructuosa una investigación si no se cuenta para ella con una buena biblioteca donde el investigador encuentre todos los materiales de tipo histórico, información sobre la ley positiva y posibilidad de hacer comparación de sistemas y de resultados de la aplicación del derecho en varias comunidades.

b) **Legislación:** En todo caso, cuando se realiza una investigación de este tipo es necesario saber con absoluta certeza cuál es la ley aplicada. En el sistema de derecho escrito que se sigue en la totalidad de los países latinoamericanos, dado el prejuicio ya mencionado de que todo el derecho consta en la ley, este punto es básico. Pero, en aquellos países en los cuales no se ha adoptado un sistema ordenado de relación entre la nueva legislación que aprueban los Poderes Legislativos y la que se encuentra vigente, es difícil muchas veces saber si una norma se encuentra o no derogada. Por ello, debe considerarse como obra de infraestructura de todas las investigaciones jurídicas, establecer un sistema en el cual, la evolución del derecho por la vía de legislación se efectúe en una forma armónica, a efecto de que se guarde una efectiva coordinación entre las leyes que constantemente fluyen del Poder Legislativo, dondequiera que éste resida, y la legislación vigente con anterioridad, para que la sustitución de normas escritas viejas por otras nuevas se haga de modo claro y expreso. Solo así es posible reducir al mínimo la dificultad que en la determinación de la norma aplicable introduce la oscura situación de saber cuáles y cuántas normas se encuentran vigentes sobre una determinada situación.

c) **Jurisprudencia:** De las distintas acepciones que tiene este término utilizo la más corriente en círculos jurídicos de mi país, de acuerdo con los cuales se entiende por ella la doctrina establecida por los tribunales.

El prejuicio de ser la ley la única fuente de derecho debe ser superada en cualquier investigación jurídica. En los países que sostienen ese criterio, tanto como en aquellos donde la principal

fuentes de lo jurídico es la producción de los tribunales con respecto a un problema concreto, es cierto lo que hace muchos siglos dijera Aristóteles de que:

"Ir al Juez es ir a la justicia; porque el Juez nos representa la Justicia viva y personificada".⁽²¹⁾

No hay sistema jurídico alguno en el cual, para conocer el derecho, pueda prescindirse de lo que digan los tribunales en relación con los casos concretos que llegan a plantearse a su conocimiento. Por frase transmitida por unos de los profesores de nuestra Facultad formados en Francia conozco la expresión de que si los jueces no tienen la propiedad del derecho, es indudable que poseen su usufructo con privilegio superior al resto de los mortales.⁽²²⁾

De ahí que sea también esencial para un buen sistema de investigación jurídica contar con una clasificación cuidadosa y sistemática de la jurisprudencia dictada por los tribunales, sobre todo por aquéllos de mayor rango.

Ruego a aquéllos para quienes la consideración anterior pertenece al reino de Perogrullo perdonar la referencia hecha. Sucede en mi país que nos ha tomado algún tiempo darnos cuenta de que los esfuerzos investigativos requieren esas tareas esenciales y que es todavía reciente el inicio de la triple tarea de dotar a nuestra Facultad de una buena biblioteca jurídica y de trabajar, en colaboración con la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia en la formulación de un índice legislativo completo y un Digesto de Jurisprudencia, para no vernos en la necesidad de realizar una investigación específica sobre esos puntos como inicio de la tarea sobre cualquier tema especial.

A partir de esas tres tareas se cumple con la investigación doctrinaria, que representa posiblemente aquélla en la cual han concentrado su esfuerzo los juristas latino-americanos.

II) Investigación Empírica:

Podemos describir la investigación empírica o no doctrinaria, con palabras de Harper, de la siguiente manera:

(21) *Ética a Nicómaco*, Libro V.

(22) Cita del Dr. Juan Luis Arias.

"El investigador no doctrinario se preocupa por lo que los hombres hacen realmente en vez de por aquéllo que los hombres, al través de sus leyes, o sentencias judiciales, dicen que hacen. Para poder encontrar lo que los hombres hacen es necesario reunir "hechos" sociales, económicos, psicológicos. Estos "hechos" pueden ser utilizados para señalar la brecha entre el derecho como es y el derecho como la realidad objetiva indica que deberá ser. O tal vez los hechos pueden dejarse de lado para servir como un depósito de conocimiento que tal vez pueda ser base para cambios futuros."⁽²³⁾

En este tipo de investigación, la tarea y el enfoque desde el cual ella se realiza, cambian sustancialmente. Ya no se estudia el derecho tan sólo a partir de la norma sino que ésta se coloca en la realidad social en la cual se ha desarrollado y se trata de comprenderla dentro de este concepto. Para cumplirla, no basta con señalar la norma jurídica sino que se hace necesario además, determinar su eficiencia, la forma en la cual funciona y los efectos obtenidos por medio de ella. Se abandona igualmente la actitud intemporal para darse cuenta del proceso de cambio sufrido por la norma en sí como resultado de su aplicación, de los efectos que la norma causa en el medio en el cual se aplica y de la relación que puede existir entre la finalidad tenida en mente por el legislador y la que en verdad realiza.

Para citar un ejemplo, la investigación histórica deja de limitarse a una tarea de carácter documental, para aceptar preguntas como la hecha por Jorge Enrique Guier:

"Si el derecho indígena no se aplicó en la Colonia —salvo dos o tres rarísimos casos— y si la ley española no se cumplía, parece lógico deducir que la Colonia —puesto que prosperó— tuvo normas propias, creadas por las necesidades del lugar y del momento; es decir, que América vivió, en buena parte, bajo un régimen de derecho consuetudinario. Nuestros historiadores parecen ignorarlo. Han aprendido que "en ninguna parte, la sociedad se atuvo menos a la ley que en la América de la conquista", pero no se les ha ocurrido investigar cuáles fueron las leyes vigentes en la Colonia, ya que sin ellas no hubiera podido subsistir y organizarse."⁽²⁴⁾

(23) Harper *Supra* 5, pág. 416.

(24) Discurso académico pronunciado el 1º de marzo de 1971 con motivo de la apertura de clases en la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

La necesidad de este tipo de investigación en el ambiente latino-americano difícilmente podría exagerarse. Por falta de ella, en pocas regiones del mundo occidental hay tanta tendencia a sustituir el examen de la realidad que debe preceder al establecimiento o reforma de las instituciones por las convicciones ideológicas, casi ninguna de las cuales tiene sustento en el medio latinoamericano. Como consecuencia de ello, muchas de las instituciones son copia de las establecidas para un contexto social y económico diferente, y distan mucho de llegar a alcanzar la efectividad requerida para que encaucen la dinámica social.

Desde el punto de vista contemporáneo está el fenómeno muchas veces apuntado de la reducida efectividad de las normas jurídicas escritas y el divorcio entre el derecho de los códigos y las constituciones y la conducta efectiva de los componentes de la sociedad. Esta situación demanda establecer el efecto recíproco entre las normas jurídicas y los procesos sociales que están destinados a regir, crear si no un derecho propio por lo menos uno mejor adoptado a las realidades nacionales y regionales, fundamentar el sistema jurídico en estudios sociológicos, psicológicos y económicos y comparar efectivamente hasta qué punto cumple sus funciones de dar seguridad y justicia a las actividades humanas. Únicamente un orden jurídico con tal fundamento puede cumplir la función que le corresponde en el proceso de desarrollo.

La investigación jurídica así concebida ha de contar con el auxilio de todas las otras disciplinas que se ocupen del mundo de la cultura, dado que sin la información suministradas por ellas es imposible comprender el papel que corresponde el derecho y el buen o mal funcionamiento que pueda tener. Los métodos o principios señalados por ellas pueden y deben ser utilizados para comprender mejor las manifestaciones jurídicas. Las tres tareas básicas de toda investigación: determinación del objeto, recolección de datos e interpretación de los resultados se amplían de manera considerable, dado que el concepto de derecho adquiere una amplitud y complejidad que lo acerca más a su condición real, la recolección de datos ha de incluir antecedentes legislativos, judiciales y administrativos, así como hechos sociales, económicos y políticos. Todo ello hace más compleja la interpretación y más

necesaria la colaboración de distintos especialistas en ciencias sociales.⁽²⁵⁾

5. Propósitos de la Investigación:

Por los propósitos tenidos en mente al llevar a cabo es necesario distinguir tres tipos de investigación jurídica. Son ellos: a) la investigación como medio de enseñanza; b) la investigación cuyo propósito básico es servir las tareas de enseñanza; c) la investigación no destinada a la enseñanza y que tiene propósitos de conocimiento de la realidad jurídica como medio de conocer el derecho y su papel social.

a) **Investigación como medio educativo:** Es innegable, como, como dice Ortega, que la investigación como actividad creadora no esté al alcance del hombre medio. Pero, por otra parte, no cabe duda de que todo profesional en el ejercicio de las actividades de su disciplina está en la obligación de investigar. Todo abogado, en cualquiera de las distintas tareas que pueden estarle encomendadas en una sociedad, se haya en la necesidad de enfrentarse a problemas que demandan de él tareas de investigación. Por ello, como dice Ricardo Nassif:

"Es difícil comunicar todas las verdades de la ciencia, pero es posible desarrollar en el alumno el amor a la verdad y la forma de lograrlo. Este es el punto de encuentro de la docencia y la investigación postulado por una nueva pedagogía universitaria que ve a la primera realizarse en la segunda y a ésta reproducirse en aquélla".⁽²⁶⁾

Corolario inescapable de ese principio es que las Escuelas de Derecho están obligadas a enseñar a investigar. Los pre-seminarios o cursos introductorios donde se familiariza a los estudiantes con los distintos tipos de actividad investigativa que se pueden y se deben realizar sobre el derecho, constituyen una absoluta necesidad en el curriculum de las Escuelas de Derecho. Adquiridas esas técnicas es necesario luego que el estudiante, se acostumbre a prac-

(25) Ver *The Law School of Tomorrow*. The projection of an ideal. Editada por David Haber y Julius Cohen, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, 1968. Especialmente el seminario sobre "Toward Continuing Appraisal of the Impact of Law on Society", intervenciones de Harold Laswell, Mark S. Massel y James A. Robinson, pág. 87-149.

(26) Citado por A. Bascuñán, *Universidad*. Cinco ensayos para una teoría de la Universidad Latinoamericana, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1963, pág. 79.

ticarlas en el curso de sus estudios para que adquiriera el hábito de la investigación y un grado aceptable de destreza en esas actividades; no hay duda que esa es la razón de ser de los seminarios y que éstos serán verdaderamente efectivos en la medida en que llenen tal cometido. Finalmente, la existencia de una investigación final como requisito de graduación representa la coronación de esa tarea.

Cabe hacer la salvedad de que en ningún momento debe confundirse la enseñanza de la investigación con la formación de investigadores. La primera es tarea general que debe realizarse con respecto a todos los futuros profesionales. La segunda es la cuidadosa labor que se lleva a cabo a nivel post-graduado en la cual se prepara esa rareza humana que es quien tiene una vocación personal de descubrimiento de la verdad y se prepara realizarla.

b) **Investigación para la enseñanza:** En la medida en que se halla obligado a formar a sus estudiantes, todo profesor está en la absoluta necesidad de investigar para poder enseñar. En este punto de vista es indudable que como dice Albert J. Harno:

"La enseñanza y la producción académica van siempre de la mano. Cada una complementa y estimula la otra. La enseñanza proporciona el incentivo para la vida académica productiva y ésta enriquece la buena enseñanza".⁽²⁷⁾

El primer deber de todo profesor es organizar sus materiales de enseñanza. El segundo es la elección de las obras de consulta. La organización de programa y el plan a seguir para la docencia son actividades que no pueden cumplirse sino en virtud de un mínimo programa de investigación. Es indudable que en la medida que la enseñanza se convierte más y más en una obra de creación individual el profesor se encuentra mayormente forzado a la organización de sus materiales en una obra de texto.

En relación con la tarea de preparación de obras para la docencia jurídica es conveniente apuntar que la confusión que se hace en nuestra región entre los tratados o exposiciones orgánicas de una disciplina y las obras docentes, considerando que los primeros sirven para la enseñanza y que las segundas deben imitarlas, constituyen uno de los obstáculos más grandes para la labor for-

(27) A. Harno "The Law Schools, Centers of Legal Research and Scholarship", *Journal of Legal Education*, Vol. 2, Nº 2, 1969, pág. 193.

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CUBA

mativa que debe realizarse en el estudiante. La obra con un definido propósito docente debe crear en el estudiante no sólo conocimientos sino también inquietudes, debe obligarle a ejercer su actividad crítica y adquirir conciencia clara del carácter problemático de la ciencia jurídica.

De acuerdo con lo dicho sobre la investigación doctrinal creo que una obra de pedagogía jurídica debe ofrecer al estudiante no sólo exposición doctrinal sobre los temas que trata sino incluir además legislación y jurisprudencia. Entre más ampliamente ve a el tema desde los distintos ángulos de los que cabe estudiar el derecho, más fácil será para el estudiante adquirir una clara conciencia de lo jurídico y formarse mejor como abogado.

Si se piensa en la necesidad de hacer pedagogía activa no puede haber duda alguna sobre la necesidad de que existan materiales de enseñanza y de que ellos sean especialmente preparados con ese propósito. Las experiencias realizadas en nuestra Facultad de Derecho en materia de pedagogía activa han tenido más éxito en aquellos casos en los cuales los materiales de enseñanza han comprendido distintos aspectos de las manifestaciones jurídicas (legislación-jurisprudencia-doctrina) resultado de una investigación nacional, aún cuando matizada con ejemplos y referencias a la legislación y jurisprudencia comparada.

Estimo que el primer deber de todo profesor de derecho es solucionar el problema que para sus estudiantes presenta la necesidad de contar con material de enseñanza y contribuir en una forma positiva al desarrollo de la ciencia jurídica. Investigar, escribir y publicar son deberes inherentes a la condición docente, fundamentos sin los cuales la tarea educativa se limita a una estéril repetición del pensamiento y la obra de otros.

c) **Investigación sobre la realidad jurídica:** Fuera de la investigación realizada con una finalidad educativa es indudable que cabe otra actividad investigativa sobre el Derecho: aquella que se lleva a cabo con el propósito de enjuiciar las manifestaciones jurídicas de un determinado país, con propósitos de criticarlas y reformarlas, o como tarea de simple conocimiento por lo cual el investigador pretende satisfacer su curiosidad sobre una disciplina o institución jurídica.

No es ésta, una tarea que corresponda de manera propia y única a los profesores de Derecho. Se puede y debe llevar a cabo a distintos niveles por las instituciones encargadas de aplicar o administrar ciertas actividades jurídicas.

Pero, por otra parte, no cabe ignorar que aquí tienen también las Facultades de Derecho un importante papel que cumplir. Quienes creen en la esencialidad del Derecho para la vida social y realizan una actividad de docencia e investigación sobre él, tienen una obligación, aún mayor que el resto de los abogados, de contribuir a la mejora y desarrollo de las instituciones jurídicas. En ninguna forma mejor pueden hacerlo que con la contribución de su capacidad de análisis, su objetividad y su dedicación al estudio, para presentar la realidad de esas instituciones, señalar sus aciertos y sus defectos y enfocar la forma en que deben ser sustituidas o reformadas.

La investigación dirigida a ver las instituciones jurídicas en su contexto social y humano, bueno es apuntarlo, es una tarea costosa. La utilización de grupos o equipos de investigación en esta materia se hace casi imperativa. El proceso de recolección de datos se magnifica y las tareas a desarrollar aumentan en una forma considerable. Por ello, el costo de programas de esta naturaleza difícilmente caben dentro de los presupuestos universitarios. Hacen ellas necesario obtener financiación especial para realizarlas, lo que obliga a la entidad académica a justificar ante los posibles financiadores las ventajas que pueden derivarse de dichos estudios.

El problema de la financiación constituye en múltiples instancias el más difícil de solventar. Hay que recurrir a entidades gubernamentales nacionales o a organismos internacionales. Muy a menudo, las fricciones o diferencias que pueden existir entre el claustro universitario y los organismos gubernamentales hacen difícil obtener financiación nacional para esas tareas. En otras ocasiones, los propósitos de investigación universitaria no coinciden con las prioridades o jerarquías establecidas por las entidades gubernamentales sobre empleo de fondos.

Por otra parte, la financiación de entidades internacionales para programas de investigación jurídica no es tarea fácil. Es todavía reciente la fecha en que, las instituciones internacionales negaban en forma sistemática ayuda de toda clase a los planes de re-

forma de la enseñanza jurídica por considerarlos ajenos a los propósitos de desarrollo. Pareciera, no creo ser demasiado optimista sobre la materia, que esos días han pasado y que ya resulta posible interesar a organismos internacionales en programas de reforma y de investigación jurídica sobre determinados problemas. Sin embargo, la dificultad subsiste. La demostración de las posibilidades de los programas de esta naturaleza es la mejor forma en la cual las Facultades de Derecho pueden obtener ayuda para programas cada vez más ambiciosos. En lo que pueda servir la experiencia nuestra como un modesto ejemplo ilustrativo, podría citarse que los programas de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica fueron iniciados como parte de un plan de preparación de obras de derecho, pero al demostrar el potencial de servicio que encerraban en ellos, hicieron posible obtener fondos nacionales e internacionales para llevarlos a cabo. En el proyecto de investigación sobre derecho agrario, por ejemplo, se logró establecer una relación constante entre la estabilidad de la tenencia de la tierra y la inversión, la productividad y el ingreso de la finca rural; mientras más seguro se siente el agricultor en cuanto a su dominio sobre la tierra más posibilidades de inversión tiene, lo que resulta en mayor producción y mayores ingresos. El reporte preliminar de este estudio sirvió de base para la inclusión de un programa de titulación de tierras no inscritas, dentro del plan agrario nacional que se lleva a cabo actualmente. Este ejemplo reciente evidencia como un programa básicamente jurídico puede servir de contribución a un plan de desarrollo nacional.

7. Finalidad:

Se oyen muchas críticas sobre el énfasis de la investigación en las universidades. Se expresa el temor de que ello pueda significar olvido de la misión docente y cultural que corresponde a toda casa de estudios universitarios.⁽²⁸⁾ Si ello ocurriera, si la investigación fuera en desmedro de la docencia o de la cultura en verdad podría hablarse de un peligro para la esencia misma de la Universidad. Pero, cuando funcionan coordinadas es cierto lo que dijera don Valentín Letelier:

"Cuando las universidades funcionan convencidas de que en la investigación y en la definición de la verdad no existe autoridad superior a

(28) Véase la coincidencia sobre este punto en Ortega, *Supra* Nota 15, pág. 102, y Harper, Nota 5, pág. 417.

ellas, su prestigio social crece en la misma medida en que se desarrolla su actividad dado que el objetivo principal de la Universidad es aumentar cada día este caudal de saber que las otras ramas de la enseñanza se encargan de distribuir por todas partes. Menos que en propagar la ciencia, se empeña en desarrollarla, y si se cura de enseñarla lo hace a intento de fijar sus límites extremos para probar investigaciones originales que amplíen sus horizontes".⁽²⁹⁾

En el caso concreto de las Facultades de Derecho es necesario realizar lo que Benjamín Cardozo decía en 1931 para su propio país:

"Jueces y abogados pueden no estar dispuestos a admitirlo pero la sobria verdad es que el liderato en la marcha del pensamiento legal ha estado pasando en nuestros días de los estrados de los tribunales a las cátedras universitarias"⁽³⁰⁾

Cuando ello ocurre, cuando el empuje de cambio en el sistema jurídico proviene de las aulas y los institutos de investigación, cuando la crítica y análisis científicos compiten con la ideologías políticas para que las leyes y las sentencias sean más justas y realicen en mejor forma las aspiraciones nacionales, cuando la vía jurídica luce más amplia y atractiva que las soluciones violentas, cuando la investigación se nutre de la cultura y fortifica el proceso docente, entonces, sólo entonces, las Facultades de Derecho cumplen en verdad la alta misión que les corresponde en todo país y en toda sociedad.

Para ello es necesario colocar a los investigadores en el lugar que les corresponde, en un permanente octavo día de la creación, en aquél en que todo el mundo había sido creado y después del descanso divino fue necesario empezar, al mismo tiempo, la vida y la tarea de su conocimiento.

(29) Citado por Bascuñan Supra 26, pág. 62.

(30) Harno, Supra 27, pág. 197.

LA COMUNIDAD DE BIENES

Por ROGELIO SOTELA

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Sabemos que entre las características del dominio o derecho de propiedad, se incluye la de ser "exclusivo". El poder que emana del derecho subjetivo que configura el dominio, con sus caracteres de absoluto y perpetuo con que fue originalmente concebido, y que según hemos explicado,⁽¹⁾ en virtud de las nuevas concepciones sociales que imperan en todos los campos en que el quehacer humano se manifiesta, tiende a sufrir notorias transformaciones, no fue instituido para ser gozado o disfrutado únicamente por un titular "unipersonal" del derecho, ya que a través de situaciones tales como las derivadas del derecho sucesorio o del convenio, fue posible la existencia del derecho de propiedad sobre cosas que no pertenecieran "exclusivamente" a una sola persona; si bien los cotitulares de ese derecho, continuaban gozando en conjunto y frente a los demás, de la facultad de "exclusividad" inherente al dominio. Podríamos hablar en estos casos de una especie de "exclusividad compartida" y con ello poner de manifiesto otra característica del derecho de propiedad.

Los autores han discutido acerca de si puede darse la existencia del derecho que comentamos cuando el poder que emana del derecho subjetivo no recae sobre cosas corporales. Castán, nos explica de la siguiente manera el enfoque del tema a que nos referimos:

"Dentro del orden jurídico se emplea también la palabra propiedad en diversas acepciones.

En la más amplia de ellas, propiedad es toda relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporal. En este sentido la toma Venezian, al definirla como la relación, perpetua o temporalmente ilimitada, de la persona con las cosas y con los derechos. Esta

(1) JOSE CASTAN TOBEÑAS. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II, pág. 59. Editorial Reus.