

DERECHO Y REALIDAD SOCIAL

La experiencia que se adquiere en el ejercicio profesional de la abogacía y en la administración de la justicia, así como en la aplicación de ciertas leyes de especial significación colectiva, revela la existencia de dos fenómenos que no deben seguir pasando inadvertidos a la atención de las Escuelas de Derecho: por un lado, la inoperancia práctica de un gran número de figuras e instituciones jurídicas, cuya enseñanza académica absorbe muchas horas de estudio y dedicación en las aulas; y por otro, el divorcio frecuente entre la ley teórica, tal como se enseña en las Facultades, y su funcionamiento real.

Sería presuntuoso y quizá temerario generalizar estas apreciaciones a todos los campos del Derecho; y, en todo caso, mayor autoridad tienen, para suscribir las o desmentirlas, quienes, como profesores, abogados o magistrados, se mueven, dentro del Derecho, en el campo de su especialidad. De mí sé decir que tales apreciaciones son válidas en lo que atañe al Derecho Familiar y a otras áreas de la ley civil y procesal.

Al cabo de veintidós años de regentar en varias universidades la cátedra de Derecho de Familia y de algunos más de ejercer la profesión de abogado, pienso que puede ser un poco excesivo, pero de ningún modo descabellado, proponer la siguiente hipótesis como materia de una investigación:

a) Para un sector mayoritario de la población del Perú, las normas del Libro II del Código Civil carecen de vigencia; su vida familiar está regida por reglas ancestrales ajenas al orden legal oficial y a veces opuestas a él;

b) Para el sector incorporado al ordenamiento legal del país, aproximadamente una tercera parte de las figuras del Libro II no tiene operancia en la vida cotidiana. Tal es el caso de los esponsales, la dote, la impugnación de la paternidad legítima, la legitimación por declaración judicial, la adopción menos plena, la

investigación judicial de la maternidad, la destitución de la patria potestad, las fundaciones familiares, la división de la herencia como bien de familia y ciertas curatelas. Otro tercio tiene una vigencia tan limitada que, por lo menos en algunos casos, su eliminación —que no propongo, sino dentro de los términos de la hipótesis— no causaría mella ni desmedro en las relaciones humanas tal como éstas se desenvuelven en la vida real. Probablemente, éste es el caso de figuras como las donaciones **propter nuptias**, los bienes reservados, la adopción, el hogar de familia, y acaso también la separación de bienes durante el matrimonio, la tutela, ciertas curatelas y el consejo de familia. Y sólo el resto: condiciones para contraer matrimonio, celebración y prueba del mismo, deberes y derechos que nacen de él, régimen de gananciales, separación de cuerpos y divorcio absoluto, filiación legítima e ilegítima, legitimación por subsiguiente matrimonio, patria potestad y alimentos, tiene vigencia real y generalizada.

La investigación no se ha hecho, y mientras no se haga, la hipótesis es apenas una posibilidad. Pero la simple circunstancia de que la posibilidad no aparezca absurda debería preocupar al legislador y al catedrático —que da y enseña, respectivamente, la norma teórica—, lo mismo que al magistrado que la aplica y al sociólogo que la detecta y la sigue en los vericuetos de la vida real; e inducir a unos y otros a averiguar, cruda y fríamente, si hasta el presente hemos calificado la excelencia de un Código por lo mucho que se parece a “monumentos legislativos” de otros países, ofrecidos, alabados y aceptados como patrones a imitar, o por lo mucho que debieran dar cauce y contener respuesta a las necesidades y exigencias del medio humano al que pretenden regir.

Un segundo fenómeno, cercanamente emparentado con el anterior, puede ser comprobado todos los días por quienes piden justicia y quienes la administran: la distancia, a veces abismal, que media entre la ley

teórica, tal como se enseña en las universidades, y su funcionamiento real.

Naturalmente, el abogado en ejercicio no es siempre un buen definidor en esta causa: para él, con frecuencia, el juez se ha apartado del Derecho tantas veces cuantas sentenció en su contra en los pleitos que su bufete defendió. Para el juez, el abogado se equivocó cuantas veces tuvo él que declarar improcedente o infundada la demanda.

Pero las Escuelas de Derecho, donde se formaron los unos y los otros, los abogados y los jueces, ¿qué testimonio pueden dar al respecto? ¿qué juicio pueden hacer del fenómeno? ¿y qué medidas pueden sugerir o proponer para afrontarlo?

¿Es que, realmente, se da en la práctica tal discrepancia?

En el supuesto de que se dé, ¿qué magnitud reviste?

¿Cuáles son, en todo caso, sus causas? ¿Es que la norma teórica no responde a la realidad que pretende regir, y entonces el juez, que “no puede dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley”, se ve forzado a adecuarla para hacerla operante; o es, por el contrario, que factores de insuficiencia profesional o francamente extrajurídicos tuercen, en la vida diaria, la intención de la ley? ¿Se trata de una práctica saludable, generadora de justicia por encima y aun a pesar de la ley escrita; o de una práctica viciosa que hace en la vida real escarnio de la norma y su justicia?

Las preguntas están hechas. Las respuestas todavía no están dadas. No obstante, la ley se sigue promulgando y la vida con frecuencia la sigue desmintiendo.

Importantes como son, **per se**, los fenómenos mencionados, lo son mucho más como síntoma de una inquietante verdad, que las universidades —porque el problema no es sólo de las Escuelas de Derecho— no sólo no deberían seguir soslayando, sino que están perentoriamente obligadas a investigar y resolver: el divorcio entre la universidad y el país; la ausencia de aquélla en el enfoque serio de la problemática nacional; la falta o insuficiencia de datos que al respecto deberían acopiar las universidades y de soluciones que, en muchos casos, éstas podrían ofrecer o sugerir desde un plano de seriedad en la investigación, madurez en el criterio y altura —no exenta, por fortuna, de pasión— en el trato científico y téc-

nico; la escasa vinculación entre los trabajos universitarios —tesis, monografías, syllabus de asignaturas, temas de seminario y otros semejantes— con la realidad concreta del Perú, o, por lo menos, la casi nula influencia que tales trabajos parecerían tener en el tratamiento de esos problemas por el Poder Público y por los sectores privados de la comunidad.

A este propósito, quizá resulte pertinente traer a colación dos generalizados juicios relativos a la universidad. Uno viene, principalmente, formulado desde afuera: la universidad está enteramente politizada; de ahí su fracaso. El otro fluye, automáticamente, de los labios de todo alumno que llega al trance de bachillerato: no hay ya tema de qué ocuparse, todos han sido agotados por generaciones de graduados anteriores...

Me atrevo a sostener que las dos afirmaciones son inexactas. Lo cierto es que jamás o muy pocas veces, por desgracia, se ha hecho Política en la universidad. Lo cierto es que casi no hay tema, al menos en el campo del Derecho, que no siga, para los efectos de una tesis por ejemplo, tan virgen como cuando la norma se dictó.

Por cierto que todo es, a la postre, cuestión de saber qué alcance y significación damos a los términos que empleamos. Porque si por “política” entendemos llenar de inscripciones las paredes dentro y fuera de los locales universitarios, capturar algún edificio, echar al adversario dentro de la pila o hacer otras demostraciones semejantes de fervor juvenil, entonces es evidente que se ha hecho en muchas universidades demasiada “política”. Más si por ésta entendemos la elaboración seria de esquemas ideológicos con los cuales confrontar los de la realidad actual y a los cuales adecuar la búsqueda, estudio y propuesta de una realidad futura, entonces casi nunca se ha hecho, por desgracia también, política en la universidad.

En cuanto a las tesis de bachillerato —para no mencionar sino el ejemplo más manido y trillado de la vida diaria de una Escuela de Derecho—, hay dos maneras de hacerlas: Una consiste en leer, fichar, ordenar y cuando mucho glosar las opiniones que, acerca del tema elegido, han emitido quince o veinte tratadistas europeos, cinco o seis latinoamericanos y los dos o tres peruanos que al respecto hayan escrito algo; añadir a eso el ingrediente de alguna reflexión personal; y concluir proponiendo varias enmiendas en la legislación vigente, a sabiendas de que tales conclusiones no habrán de ser acogidas y ni siquiera

conocidas por quienes podrían tenerlas en cuenta. De estas tesis hay la mar; casi no han dejado, en efecto, tema alguno sin tratar o maltratar; y casi todos nos hemos graduado con ellas y hasta brillantemente a veces. Algunas han merecido el honor de su publicación en revistas especializadas; varias han sido el punto de partida para posteriores investigaciones meritorias o, por lo menos, para el inicio de una especialización de bufete; y, salvo una que otra excepción, jamás ha servido ninguna para algo que adecúe el ordenamiento legal del país a los requerimientos de la realidad y la justicia.

Hay otra manera de hacer una tesis de Derecho: consultando libros, ciertamente; pero aplicando, sobre todo, el esfuerzo a la comprobación del modo y forma cómo funciona la ley en la vida real, de los casos en que la norma carece de realidad o en que la realidad carece de norma; de las causas por las que esto ocurre; y de las vías y medios a utilizar para que no siga ocurriendo. Tesis de este tipo exigen menos horas en la biblioteca copiando opiniones ajenas, que en la realidad del núcleo humano, urbano o rural, detectando y siguiendo las pistas por las que discurre la vida de los hombres y buscando los caminos y vericuetos en los cuales se pierde la norma. Desde el punto de vista de estas tesis, casi no hay tema que no siga virgen en el campo del Derecho.

No se trata de hacer anécdota del asunto. La coyuntura revolucionaria —en el sentido serio y profundo de la expresión— que vive el país es demasiado grave para reducirla a los términos de una críti-

ca epidérmica. El fenómeno del divorcio entre la universidad y el país es preocupante, no sólo a la vista de la función social de la universidad, sino de la necesidad imprescindible de que el devenir social —aun y con mayor razón en sus momentos de crisis— encuentre cauces jurídico-legales por los cuales discurrir con fluidez, y no muros que la realidad haya luego de derribar con violencia. Todo orden social, y por lo tanto también un orden nuevo, cualquiera que él sea, necesita, tarde o temprano, de un orden legal. Es mejor que sea temprano, que no tarde. Cuando la realidad no encuentra cauces suficientes, destruye los injustos y con frecuencia arrasa con los otros. El Derecho no debe ir a la zaga, sino a la vanguardia del cambio social: previendo y contribuyendo a orientar sus rumbos, echando abajo, es verdad, falsos dogmas y mitos levantados y enraizados a espaldas de la realidad, pero imaginando, al mismo tiempo, con audacia, instituciones y figuras, teorías y cauces, metas y normas. Lo que se opone al Derecho no es el cambio, sino la injusticia. Lo que incumbe a las Escuelas donde el Derecho se enseña no es sólo ni principalmente formar profesionales de bufete, defensores del interés privado —lo cual no es ilícito, pero es insuficiente hasta parecer mezquino—, sino actores conscientes del cambio social, para quienes no se sobrestime la significación de lo jurídico en la problemática global del país hasta el punto de deformar su visión, pero quienes no subestimen tampoco el irremplazable papel que tiene el valor supremo de la Justicia en la construcción de un mundo nuevo.