

# “El otro sendero” y el Derecho

## Una perspectiva desde la generación del 50

**Roberto Mac Lean**

Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y Catedrático en la maestría de Derecho Internacional Económico de la PUC.

Nunca, desde nuestra independencia, hemos vivido en el Perú una crisis tan profunda de vigencia social de la ley como la que atravesamos hoy. Nunca antes tanta gente honesta y trabajadora, con la que realizamos los más diversos tipos de transacciones, ya sea al subir a un ómnibus o al comprar una lata de conservas, ha desobedecido la ley y vivido pacíficamente al margen de ella. Casi la mitad de las viviendas de Lima está al margen del Código Civil y de los Registros Públicos; un porcentaje semejante del transporte colectivo se desarrolla pacíficamente fuera de lo dispuesto en las numerosas normas que existen al respecto. Seis de cada diez horas que se trabajan en el Perú no se regulan por las leyes vigentes. Y es que, no obstante que la Constitución Política del Perú entró en vigencia apenas en 1980 y el nuevo Código Civil en 1984, nunca antes el prestigio social de la ley y de la administración de justicia ha sido tan bajo en nuestro país. Como anotó José Matos Mar, en su “Desborde Popular y Crisis del Estado”, “Las transformaciones sufridas por el Perú desde la década de 1960 han repercutido recién en forma poderosa sobre el balance y equilibrio de las relaciones entre el mundo de la oficialidad y el de las mayorías”. Curiosamente, desde 1950 se ha vivido, quizás, la etapa más prolífica en materia de promulgación de los más diversos dispositivos legales, Constitución, Códigos, leyes orgánicas, decretos leyes, decretos legislativos, decretos supremos y otros.

Es evidente que algo anda mal en el ordenamiento legal y algo con raíces más profundas y serias que lo que pueda aparecer de un examen superficial. Intentemos un ejercicio de aproximación al problema para tratar de descubrir qué elementos entran en juego y dónde los juristas hemos fallado en señalar la naturaleza del problema. El punto de partida tiene que ser el evidente divorcio que existe en nuestro país entre la ley y la realidad. Para cualquier persona que entra en contacto con nuestro sistema legal se hace pronto manifiesto las contradicciones entre estos dos elementos. Es cierto que por definición toda norma, en su carácter generalizador, constituye una agresión a las situaciones individuales. Las leyes llevan en sí la larva de una injusticia en contra del individuo al tra-

tar de medir con un sólo rasero la infinidad de situaciones individuales.

Esto ha sido objeto de varios históricos debates a lo largo de la evolución del Derecho. Primero, cuando el Derecho Romano, racionalista y legislado, estuvo en oposición a los derechos de carácter casuista de los pueblos germánicos invasores. Segundo, en la oposición en Gran Bretaña entre el Derecho Canónico y el Derecho Común o “Common Law” que se desarrolla caso a caso, elabora sus principios en forma inductiva y se basa más en la experiencia que en la lógica. Y, en tercer lugar, el debate surgido a raíz del movimiento de fines del siglo dieciocho y comienzos del diecinueve a raíz de los intentos por codificar el Derecho que encontró su mejor expresión en el Código Napoleón y en el movimiento liderado por Savigny de volver a buscar una normatividad social espontánea a través de la costumbre.

Pero aparte de la agresión a la individualidad que supone toda norma, la situación se agrava cuando las normas son dictadas con una defectuosa percepción de la realidad, ya sea por proteger intereses de grupo o, como es más frecuente, por ignorancia de las características de nuestra sociedad. Si examinamos las fuentes de buena parte de nuestra legislación, encontramos que los elementos de juicio que han tenido a su disposición los legisladores son en gran parte de los casos, un modelo extranjero o un código extranjero o un autor extranjero, más que información empírica o un análisis de los conflictos reales de intereses que están en pugna. Porque, en realidad, el derecho no es sino la transacción en un momento o un lugar determinados entre diversos intereses que colisionan. La ley antimonopolio de los Estados Unidos, por citar un ejemplo, refleja la transacción entre los intereses que estaban en pugna en los Estados Unidos a fines del siglo diecinueve y sólo será aplicable como modelo en el Perú en la medida en que el conflicto se de en los mismos términos. Otro tanto ocurre con el Código Civil Italiano o la Ley Electoral Británica.

Un segundo aspecto crítico es que aún estas le-

yes, que reflejan una transacción de intereses en conflicto, sólo cobran una cabal significación dentro del contexto de un sistema legal determinado que paralelamente a la norma que se dicta tiene una serie de mecanismos administrativos, judiciales y constitucionales para hacerla efectiva. El termómetro pues, para evaluar una ley, no es ni su racionalidad, ni su precisión lingüística, ni su unidad sistemática, sino su vigencia social. Una ley que no se cumple es un dispendio social tan grande como construir un edificio de departamentos y amoblarlo para que la gente no lo ocupe y siga viviendo en precarias viviendas alrededor. Y un poco es eso lo que está pasando en el Perú de hoy donde cada vez la proporción de habitantes que obedece a las leyes es menor.

¿Cómo hemos llegado a esta situación? Para entender cómo se ha legislado y se legisla hoy, es necesario dar una mirada introspectiva a la visión que tenemos del Derecho; y para ello es necesario examinar cómo se estudia el Derecho en el Perú.

Para quienes estudiamos Derecho en la década de 1950 —que es cuando se produjo el aluvional desarrollo del llamado mundo informal— nuestro contacto con la ciencia jurídica se produjo a través de una constelación de juristas de extraordinaria calidad que fueron nuestros maestros y que es difícil que se den las circunstancias para que se vuelva a producir. Para citar solo algunos nombres puedo mencionar a José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Manuel G. Abastos, Raúl Ferrero Rebagliati, Andrés León Montalván, y me detengo en esos nombres para no hacer la lista interminable. Guardábamos por ellos una admiración reverente y sincera que no se ha disipado con los años. Pero junto al afecto por ellos, en los momentos de estudio y reflexión nos quedaba en la boca el sabor de una sabiduría que no saciaba nuestras inquietudes y que nos servía de muy poco cuando tratábamos de dar una explicación a lo que pasaba a nuestro alrededor. No hay nada mejor para ilustrar esto como describir lo que nos ocurrió, años más tarde, cuando se produjo un golpe de Estado en el Perú y un grupo de nosotros fuimos a la biblioteca de Derecho para buscar lo que se había escrito sobre los problemas legales de los gobiernos de facto, y nos encontramos que, en más de un siglo de literatura de Derecho Constitucional, ni una sola vez los juristas habían tratado de explicar o estudiar el fenómeno.

Los códigos distinguían entre hijos legítimos e ilegítimos y creaban notorias diferencias entre unos y otros a pesar que más de la mitad del país resultaba perjudicada con esta discriminación. Mientras tanto nuestros juristas citaban a Ulpiano, Bartolo, Pottier y Planiol. Sabíamos lo que decían las leyes de Francia y Italia pero nadie nos explicaba cómo y porqué habían nacido esas leyes. Había que leer a Planiol y más que leerlo, estudiarlo para tomar conciencia que sus opiniones no estaban basadas en procesos apriorísticos sino, en su mayor parte, en la experiencia real de los tribunales franceses de su época. Es decir que sus ver-

dades son verdades para una época y un lugar determinados y que, independientemente del valor permanente y universal que pudieran tener, eran en forma primordial la reacción frente al estímulo de un problema concreto.

Al terminar nuestros estudios, muchos de nuestra generación tratamos de encontrar una respuesta en el aprendizaje en universidades del extranjero. Mientras que en las generaciones anteriores se podían contar con una mano los abogados con estudios en el extranjero, para la generación del cincuenta se abrieron una serie de posibilidades con las becas ofrecidas por instituciones privadas o gobiernos extranjeros. Todos volvimos con la respuesta que era necesario buscar las soluciones, no en las razones imprecisas, e incluso a veces impredecibles, del llamado Derecho Natural ni en la lógica pura y formal de los positivistas, sino en la experiencia de nuestra sociedad y en la historia de nuestro país. Muchos nos sentimos impulsados a buscar métodos sociológicos y tratar de adaptarlos al derecho; y abandonando el deslumbramiento por Kelsen nos entregamos a los planteamientos realistas de Dicey, Ginsberg, Holmes, Pound, Ross, Lundstedt y Olivecrona. El derecho no es sino una transacción entre los intereses en conflicto en una sociedad en un tiempo y lugar determinados: entre propietarios e inquilinos, empleadores y trabajadores, transportistas y usuarios. No los intereses en conflicto en París, Londres, Madrid o Berlín sino los intereses en conflicto en el Perú en el siglo veinte.

Cuando algunos de nosotros comenzamos a escribir nuestros primeros libros y a realizar un esfuerzo por buscar las fuentes de información y doctrinarias peruanas, encontramos que, por lo menos en algunos campos, la información oficial era inaccesible y, en otros, simplemente inexistente. Esos libros si bien tenían la intención de hurgar en la realidad peruana se habían quedado cortos en los logros científicos que nos habíamos señalado. Mis dos primeros libros sobre "Las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado" y "Las Sentencias Extranjeras", si bien recibieron varios premios nacionales fueron en realidad un intento frustrado por llegar a la raíz social y económica de los problemas que trataban.

En la década del sesenta, Jorge Avendaño Valdez, entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, propició y dio organización a lo que ha sido el movimiento colectivo intelectual más importante en el campo de las ciencias jurídicas en el Perú de las últimas décadas: un esfuerzo por ver cómo funciona el Derecho en la realidad, el Derecho como instrumento social, y la conducta jurídica como una reacción condicionada en los términos de los experimentos pavlovianos. Muchos discutimos, enseñamos e investigamos con métodos recogidos en los seminarios o en las bibliotecas de la Universidad de Wisconsin, alrededor del concepto de "Law in Action" o el "Derecho en su Contexto Social". Los resultados de este movimiento, mirados a la distancia, hablan por sí mis-

mos: Javier de Belaunde fue el primero en el Perú en lanzarse a estudiar temas como los aspectos legales de los gobiernos de facto. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, bajo la dirección de Héctor Cornejo Chávez, descubrió aspectos inéditos en el Derecho de Familia en el Perú; Domingo García Belaunde publicó su acusosa investigación sobre el Habeas Corpus, basada casi exclusivamente en el estudio de la jurisprudencia y doctrina peruanas; Luis Pásara produjo los que a mi juicio son los más lúcidos y maduros estudios de este movimiento: "Para Estudiar la Justicia" y "Jueces, Justicia y Poder en el Perú"; Eduardo Ferrero Costa su trabajo sobre el Derecho del Mar; mi modesta contribución fue un corto artículo sobre la Inversión Extranjera en el Perú.

La crema de una generación de juristas como Fernando de Trazgenies, Lorenzo Zolezzi, Marcial Rubio, Alfredo Ostojá entre muchos más, no se contentó con saber eruditamente sino que se esforzó por entender y dar sentido a la función social de la ley en el país. El aporte del Derecho a la solución de los problemas peruanos fue el llamado y el desafío que muchos sentimos en esos años.

Pero, como fue evidente desde un principio, esta era una labor no sólo de juristas sino de economistas, sociólogos y politicólogos con carácter interdisciplinario. Los estudiosos deben trabajar conjuntamente para ver al país tal como en realidad es, antes de pretender encaminarlo hacia lo que, por nuestras personales preferencias, pretendemos que sea. Hay que sumergirse en la información económica y social antes de tratar de mejorar la realidad. Y esto fue lo que —al margen de las discrepancias políticas que el momento concitó— se propuso el grupo de juristas que llegaron a la Corte Suprema de la República en la década de 1970. Al crearse en la Corte la Comisión de Reforma Judicial, ésta emprendió el primer estudio serio que se haya hecho sobre la Administración de Justicia en el Perú, basado en datos concretos. Dentro de la misma tónica, muchos de los fallos redactados por César Polack, Guillermo García Montufar o José Ignacio Tello, por mencionar sólo unos pocos, pueden figurar entre los mejores ejemplos del pensamiento jurídico creativo en el Perú, que ha sido el esfuerzo más serio por utilizar las inadecuadas herramientas legales disponibles para aproximarse a nuestra heterogénea realidad. La misión del Derecho no se concibió entonces como una conceptualización abstracta o formalista, sino como un compromiso total para alcanzar el equilibrio social. Todo ello me motivó y sirvió de inspiración para escribir un trabajo sobre "Razonamiento Judicial y Realidad Social en el Perú" aparecido en la Revista de Jurisprudencia Peruana, y luego traducido en el "American Journal of Comparative Law"; y otro, aparecido circunstancialmente en la "Louisiana Law Review" y traducido en la Revista del Foro, sobre "Discreción Judicial", artículos que trataron de reflejar la naturaleza de la tarea que intentábamos realizar.

Desde la perspectiva de la Corte Suprema, las

contradicciones entre Derecho y realidad se veían más agudas; con el agravante que si bien el jurista académico o el abogado en el patrocinio de un cliente pueden postergar o liberarse del problema, el juez es el único personaje en este drama que no puede evitar dar una respuesta a la confrontación y encontrar una solución. Conscientes de estas contradicciones, y preocupados por el deterioro y la pérdida del prestigio social de la ley y la administración de justicia en el Perú, ante las dificultades de aplicar leyes generales a una realidad tan heterogénea, los que integrábamos la Corte Suprema en los últimos años de la década del setenta, presentamos una sugerencia a la Asamblea Constituyente a fin de que se otorgara a la Corte Suprema la facultad de fallar en equidad y creando excepciones a las leyes generales, siempre que se contara con el voto unánime de una sala de la Corte Suprema y se fundamentara las razones de este fallo, que además se convertiría en un fallo obligatorio en el futuro para todos los tribunales inferiores. No obstante recibir algunos buenos comentarios, la sugerencia no fue aceptada. En cierta forma un Director de Ministerio goza de mayor discreción que un juez.

Al mismo tiempo, hacia fines de los años 70, un equipo de economistas y sociólogos bajo la dirección de Hernando de Soto comenzaba una investigación en gran escala sobre la realidad de la vida urbana en el Perú, la de los llamados marginales o informales. Tras años de paciente investigación, los primeros resultados revelaron que la causa de muchos de los problemas sociales que atraviesa el Perú, se deben a la forma ineficiente como el Derecho peruano regula nuestras relaciones sociales más importantes. Hernando de Soto reclutó, entonces, a un equipo de abogados para trabajar dentro de los mismos lineamientos que se había estado tratando de trabajar desde la década del cincuenta con la importante adición del factor económico, que había sido el resultado de la contribución de Posner y sus seguidores que habían estudiado la estrecha relación entre el Derecho y la economía. Fruto de estos estudios e investigaciones es el libro "El Otro Sendero" que en mi opinión es el ensayo más importante que se ha escrito para interpretar la realidad urbana en el Perú, y cuya lectura es indispensable para la comprensión del fenómeno legal de nuestro país.

Hernando de Soto y el equipo del Instituto Libertad y Democracia, siguiendo y ampliando la línea de búsqueda emprendida por los hombres de Derecho en las décadas de 1950, 1960 y 1970, han llevado sus investigaciones hasta desarrollos sorprendentes y proponen no sólo una óptica más ajustada para enfocar el problema desde sus raíces, sino que han elaborado herramientas que vale la pena poner a prueba. Siempre se podrá mejorar cualquier norma legal. Pero, de lo que se trata es, antes que de producir leyes conceptual y formalmente acabadas de acuerdo a los mejores modelos ideales, de elaborar leyes que sean socialmente eficientes, que reflejen la opinión pública imperante en un lugar y tiempo determinados y que, por lo tanto, tengan vigencia social. Esa es la esencia de la

democracia. Su trabajo nos ofrece la abrumadora evidencia, más que cualquier libro de filosofía jurídica, de las trágicas consecuencias de legislar al margen de la realidad.

El libro tiene tres partes, la primera que consiste propiamente en el trabajo de investigación de campo y que es la constatación de una realidad que muchos todavía se niegan a aceptar en su empeñamiento por vernos como lo que no somos. Se ha trabajado palmo a palmo, para obtener una información de otra forma inaccesible. La segunda parte contiene una interpretación de las causas del fenómeno, cuyo diagnóstico es

de origen legal. La tercera, finalmente, tiene una propuesta para el futuro, que ningún peruano serio y responsable puede dejar de considerar. La lectura de "El Otro Sendero" debería ser requisito obligatorio para todos los estudiantes de Derecho del país, pues la realidad que pone ante nuestros ojos puede y debe despertar muchas discusiones y controversias. Ya que, si bien en cierta forma cierra la etapa de búsqueda que se inició con la generación del cincuenta, al mismo tiempo, no cabe duda, señala el camino por el que, en una dirección u otra, se tendrá que transitar en la tarea científica y política de la siguiente generación.

**LIBRERIA**  
 **EL VIRREY**