

REVISTA DE REVISTAS

Teoría general y filosofía del derecho	405
--	-----

en 1917 y 1920, quien opinaba que había que armonizar las fuentes romanas con las exigencias actuales.

Entre sus conclusiones, Abelardo Levaggi afirma que en la época de los autores estudiados —segunda mitad del siglo XIX y principios del XX— el

... derecho romano, aun cuando padecía la crisis a que lo condujo la Ilustración, mantenía su presencia visible como tal en la enseñanza del derecho y en la jurisprudencia de los tribunales; en esta última, sobre todo, a través de los principios generales del derecho y de las reglas de interpretación, principios y reglas que continuaron siendo los del derecho común.

Marta MORINEAU

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

HARMS, Hans, "Planteamientos y métodos de la investigación de la justicia", y COMMAILLE, Jacques, "Territoire judiciaire, territoire social. Pour une théorie sociologique de la justice", *Oñati Proceedings*, no. 2 (*Sociology of Law. Splashes and Sparks*), Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 1990, pp. 25-34 y 91-100.

1. Uno de los temas más importantes y fructíferos de la investigación empírica en sociología del derecho de las últimas décadas ha sido el de la justicia y, más específicamente, lo relacionado con la función y la operación de los tribunales.

2. En sus comienzos, según nos informa Hans Harms respecto de la República Federal de Alemania, dicha investigación se orientó hacia los jueces. Se trataba, sobre todo, de examinar (incluso desenmascarar) su origen social y sus posiciones ideológicas como factores que influían en las sentencias y prácticas judiciales. Algunos de esos estudios concluían, previsiblemente, que las clases medias y altas estaban sobrerrepresentadas en el gremio judicial y que, por ello, una mitad de la sociedad juzgaba a la otra mitad, que le era ajena y desconocida (Dahrendorf).

Estas investigaciones fueron sometidas a diversas críticas, que dieron cuenta de sus deficiencias conceptuales y metodológicas. Para algunos, ni siquiera se trataba de sociología del *derecho*, sino de una derivación de la sociología de las profesiones. Otros estudios más

recientes han sostenido que no puede constatarse una conexión directa entre la situación social de los jueces y el contenido de sus resoluciones.

3. Superada esta primera etapa, se inició otro género de investigaciones, centradas en los procesos judiciales (características de los casos; participantes).

En el caso de la justicia penal se hicieron numerosos estudios sobre la "selectividad del proceso penal". Se sabe que la justicia penal es incapaz de perseguir todos los delitos que se cometen o de los cuales se tiene conocimiento. La pregunta es si la selección es casual y representativa o si, como se ha afirmado, el Código Penal es fundamentalmente para los pobres y el Código Civil para los ricos.

El proceso de selección puede descomponerse en las siguientes etapas, en las que operan diversos factores que contribuyen a ella:

- La llamada "cifra negra", es decir, la delincuencia que se desconoce, y sus características sociales;
- Las denuncias de particulares y la actuación de la policía. En la República Federal de Alemania, los juicios penales se siguen en un 85-95% de los casos por denuncia de particulares, por lo que interesa saber quiénes y por qué acuden a los órganos del Estado;
- La actuación del ministerio público o fiscalía;
- La actuación de los tribunales.

4. Por lo que se refiere a los métodos, la encuesta y la entrevista siguen siendo uno de los medios preferidos de la investigación empírica. También la observación, ya sea como participante o como extraño, en forma abierta o cerrada, es una valiosa fuente de datos empíricos. Por último, tampoco deja de ocupar un lugar destacado el análisis de documentos. Sin embargo, el autor no entra en la discusión de las ventajas y problemas técnicos de la utilización de estos métodos.

5. El trabajo de Commaille ilustra la diversidad y complejidad temática que desenvuelve actualmente la sociología de la justicia. Forma parte de un proyecto de investigación en la materia, fundado "en la idea de la sociología del derecho como sociología de la pluralidad de las racionalidades sociales operantes frente a la racionalidad jurídica" (p. 91).

Las preguntas son las siguientes: ¿cuáles son los elementos que concurren a una determinada distribución de las jurisdicciones en el

territorio francés?, ¿cuáles son los factores sociopolíticos y culturales que están en juego?, ¿es posible descubrir una o varias tendencias respecto a las concepciones dominantes sobre el ejercicio de la justicia? (p. 91).

6. La organización judicial francesa actual se estableció en 1958, pero siguiendo una tendencia más antigua a la concentración de la función de la justicia. La carta judicial revela también la especificidad de las divisiones judiciales frente a las administrativas.

El autor identifica por lo menos cinco razones que concurren en la determinación de los territorios judiciales:

a) *La razón política.* La organización judicial sufre la influencia del carácter centralizado de la administración pública francesa y de las relaciones de independencia o sumisión entre poder político y, poder judicial.

b) *La razón social.* Aquí cabe enmarcar las exigencias y expectativas sociales frente a la justicia, que se despliegan en direcciones contradictorias. Por un lado se atribuye a la justicia una función (también simbólica) de garante de la razón y de valores universales, lo que tiende a su concentración. Por el otro lado, se percibe la necesidad de una justicia cercana, accesible a la comunidad, inmersa y participante en lo social, lo que va en contra de la propia concentración.

c) *La razón técnica.* El instrumento específico de la justicia es el derecho, por lo que su organización estará también en función de la necesaria coherencia del derecho y del control de su aplicación y de la legitimidad de este control.

d) *La razón económica.* La historia de la organización judicial francesa está marcada por los reiterados intentos de hacer entrar la función de justicia, económicamente atípica, en el proceso general de racionalización económica de la sociedad industrial (por ejemplo mediante reagrupación y supresión de jurisdicciones).

e) *La razón institucional.* La distribución de la función de justicia no es independiente del interés de los profesionales del derecho y de las instituciones afectadas. Aquí también entran en juego las tendencias contradictorias a la concentración o la dispersión.

7. Commaille concluye que estas razones hacen aparecer dos modelos opuestos de territorialización: el modelo de concentración y el modelo de justicia de proximidad. En ambos queda de manifiesto la pluralidad de lógicas que opera en la determinación de las formas de la justicia y en las tensiones entre ellas.

8. Los dos trabajos reseñados ejemplifican para nosotros las posibilidades y la utilidad de las investigaciones empíricas sobre la justi-

cia. Esperamos que pronto se inicien entre nosotros estudios semejantes, que tanta falta están haciendo.

Héctor FIX FIERRO

MARGADANT S., Guillermo F., "El lugar del asesoramiento profiláctico dentro del futuro de la abogacía y sus cinco problemas principales", *Anales de Jurisprudencia*, México, t. 211, abril-junio de 1992, pp. 233-326.

El presente artículo es sumamente interesante por dos motivos fundamentales: primero, la poca utilización de la futurología en nuestro medio como método de análisis, y segundo, el planteamiento que se hace referente a la misma función del abogado en el ámbito mexicano, donde está pasando de ser litigante a asesor con todo lo que esto implica. Asimismo, el trabajo resulta importante por el manejo que se hace del método comparativo y porque utiliza como base la teoría de la convergencia.

El maestro Margadant es profesor emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM; investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM; profesor visitante de la Universidad de Texas; vicepresidente de la Asociación Nacional de Abogados; es reconocido autor en el área del derecho romano, así como en la de historia del derecho y es miembro del Sistema Nacional de Investigadores; se trata de una eminentísima autoridad académica.

El artículo señala en su prólogo el problema a analizar (el futuro de la abogacía), la forma de acercarse al objeto de análisis (la futurología y el derecho comparado, observando la teoría de la convergencia) y el apuntamiento que se hace de dos aspectos fundamentales: el paso, cada vez mayor, del abogado: litigante a abogado, y el triunfo del liberalismo tanto político como económico, que ha obligado a México a dejar una actitud vacilante, respecto del socialismo y del liberalismo.

En un primer punto, el autor señala la importancia de estudiar actualmente el derecho norteamericano para los latinoamericanos, con el objeto de que salgamos de nuestro subdesarrollo; en este orden de ideas se entra al análisis de varias figuras jurídicas practicadas en los Estados Unidos que forman parte de lo que se denomina la abogacía profiláctica, como son: *preventive law* (derecho pre-

ventivo), y los *check lists* (lista de puntos importantes para el cliente). Ese derecho preventivo en México, señala el autor, existe de manera muy desarticulada, ya que se carece de una forma especial de análisis teórico de la situación.

El maestro Margadant nos señala que esta actividad profiláctica del abogado presenta varios problemas en la práctica; la necesidad de indagar la verdadera necesidad o intención del cliente y su legalidad; el diagnosticar lo previsible y lo imprevisible para evitar la responsabilidad frente al cliente de mala práctica; el de ética profesional y el asesoramiento al cliente; aquí, la ética señala la lealtad que debe el abogado a su cliente, pero también la que le debe al derecho; en este sentido, la segunda se encuentra por encima de la primera; el de los honorarios que se debe de marcar con base en la cantidad de horas dedicadas al caso planteado para su defensa; el nivel del abogado y el cliente. En México esta situación es bastante confusa, teniendo la relación abogado-cliente un tono decimonónico de cortesía recíproca.

Por lo que respecta a la asistencia jurídica profiláctica a personas de escasos recursos, en México, a pesar de existir un marco normativo amplio, son incompletas; asimismo, el problema de la colegiación que también se encuentra regulado. En este tópico el autor indica como punto de orientación, la situación norteamericana, donde por medio de las barras se obliga al abogado a prestar un verdadero servicio social.

El doctor Margadant concluye prediciendo que en el futuro, en México, se tendrá que desarrollar la toma del derecho profiláctico, rescatando el aspecto ético del ejercicio profesional, equilibrándolo con la libertad del individuo.

Deseamos que el artículo del maestro Margadant, aunque toca puntos importantes y urgentes de atacar respecto del ejercicio profesional de la abogacía en México, sea desarrollado más ampliamente, dada su trascendencia para nuestra profesión y la profundidad con la que el autor suele tratar los temas de su interés. El análisis comparativo que hace es muy útil, ya que, como él mismo afirma, el problema hay que verlo desde la convergencia y no como lo analizan algunos autores desde la divergencia, obteniendo una falsa apreciación del asunto.