



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Hermida, Cristina

¿Es el derecho un factor de cambio social? 1

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 10, 1999, -Septiembre, pp. 173-189

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363666928010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿ES EL DERECHO UN FACTOR DE CAMBIO SOCIAL?¹

Cristina Hermida*

La cuestión de si el Derecho² es o no un factor de cambio social está íntimamente vinculada con el tema de las funciones³ que cumple el Derecho. La Sociología del Derecho es la ciencia que dilucida la cuestión en torno a la función que ha cumplido o ha de cumplir el Derecho. Se ocupa del problema del Derecho como hecho social, del problema de la eficacia del Derecho. Aún más: se pregunta por las interconexiones entre el Derecho y la sociedad, informándonos de si el Derecho válido es o no eficaz, socialmente obedecido y vivido⁴.

Partiendo de que el Derecho objetivo se mueve en el plano dialéctico del deber ser (validez) y del ser (eficacia), cabría afirmar, siguiendo a Núñez Encabo, que «la ineficacia de una norma válida puede provenir, además de por su falta de legitimidad(véase más adelante) y del carácter meramente

* Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Este artículo se ha elaborado y redactado durante mi estancia investigadora en la Universidad Humboldt de Berlín (Alemania) a lo largo de 1998; gracias a la beca postdoctoral que me otorgó la prestigiosa Fundación Alexander von Humboldt de Bonn.

² No hace falta insistir en que el término Derecho no es un término unívoco ni equívoco, sino análogo. Creo que entender el Derecho en su acepción de Derecho objetivo resulta lo más acertado desde el enfoque que aquí interesa. Sobre las acepciones del término «Derecho», vid. Manuel Núñez Encabo: *El Derecho, ciencia y realidad social*, Universitas S. A., Madrid, 1993, pp. 21-22. Elías Díaz: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, pp. 12-14. A. Fernández Galiano: *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, U. Complutense, Madrid, 1974, pp. 66-67. M. Almazora Valdés: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Lima, 1965, pp. 3-5. De este modo, entenderé aquí por Derecho el sistema normativo que institucionaliza la posibilidad de coacción-sanción en un grupo social.

³ Éstas son entendidas por Vincenzo Ferrari en su libro *Funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989: «Como objetivos primarios asignados al Derecho por los actores sociales o bien, en otros términos, como finalidad respecto a la que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social que hemos definido como jurídica, que consiste en la persuasión de los interlocutores a través de la influencia de mensajes normativos hipotéticos, institucionales y 'justiciables'», p. 107.

⁴ Cfr. Elías Díaz: *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, p. 19. Me gustaría matizar que aunque es cierto que la validez de la norma no debe confundirse con su eficacia, sin embargo, en el campo de la experiencia jurídica se observa que la falta de eficacia de la propia norma y, en general, del ordenamiento jurídico puede afectar a la validez en orden a poder disminuir su obligatoriedad.

retórico de algunas normas, por su inadecuación con el orden jurídico, que las hace aparecer como desfasadas, o porque sus mandatos o prohibiciones superan lo que Díez-Picazo denomina 'coordenadas de obedecibilidad'»⁵.

Lo que está fuera de duda es que el Derecho es un producto social. «Ex facto oritur ius», esto es, el Derecho nace del hecho social, del grupo social⁶. Coincido con Gumpłowicz cuando señala que «cada esfera social tiende a reconstruir la posición que ha alcanzado en sus confrontaciones con otras bajo la forma de Derecho»⁷. Se produce un trasvase de la sociedad al Derecho. La interrelación es permanente y continua, generándose una relación de homogeneización entre sociedad y Derecho, que puede ser, eso sí, mayor o menor.

Ahora bien, habría que preguntarse por las funciones que cumple el Derecho para que esta relación de homogeneización entre sociedad y Derecho se cumpla. En mayor o menor medida, la función principal que cumple el Derecho, por su propia derivación social, es la función de organización del grupo. De este modo, un ordenamiento jurídico decaerá y perderá su eficacia (funcionalidad) y con ello su validez, si no logra implantar una mínima organización social. El Derecho vendría a cumplir el papel de ordenador consciente de la vida social. A propósito de ello, Domingo A. Labarca P. ha precisado: «En los textos legales se objetivizan los criterios de regulación más relevantes -en la vida de la interacción de una sociedad determinada-, para su clase dirigente. El derecho es la ley que impone el vencedor a los vencidos en la contienda que día a día tiene lugar en la vida social. El triunfo de un derecho supone la derrota de una forma antigua de relación entre los hombres. El derecho viene a fijar las reglas que deben ser observadas para que una sociedad determinada pueda llevar adelante su cometido»⁸. Ahora bien, al decir que el Derecho ha de tratar de instaurar un relativo orden en una determinada sociedad, no pretendo sostener que el Derecho

⁵ Manuel Núñez Encabo: *El Derecho, ciencia y realidad social*, op. cit., pp. 49-50.

⁶ Sobre ello ha insistido Elías Díaz en su trabajo «De las funciones del Derecho: organización y cambio social», publicado en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 5443.

⁷ L. Gumpłowicz: *Grundis der Soziologie* (1885), trad. it., V. Pocar, Unicopli, Milano, 1981, pp. 156-157.

⁸ Domingo A. Labarca P.: «Derecho y cambio social», Cuaderno de trabajo N° 22, Instituto de Filosofía del Derecho Luz. Facultad de Derecho, Maracaibo, 1979, p. 13

establecido sea siempre funcional y legítimo, aunque eso obviamente sería lo deseable.

La función de organización social del Derecho se corresponde con la labor de «orientación social» que el Derecho ha de cumplir. A mi modo de ver, la organización de la sociedad se consigue gracias a que el Derecho no es simplemente una regla sino que sirve de orientación general de la conducta a través de la influencia ejercida recíprocamente por los miembros del grupo, mediante modelos, más o menos tipificados, coordinados o coordinables, institucionalmente⁹.

Junto a esta función se encuentra la función del tratamiento de conflictos declarados. Como ha señalado V. Ferrari: «El Derecho puede ser utilizado tanto para dar lugar a conflictos como para resolverlos. Al ofrecer criterios ampliamente aceptados para regular el desarrollo del conflicto, puede llevar a los sujetos a reconsiderar permanentemente la propia posición y las propias *chances* de prevalecer en la interacción social y, por otro lado, el conflicto continúa a pesar de las decisiones contingentes con las que se condiciona su desarrollo entre los propios contendientes y los demás: lo que importa, pues, es verificar que a través del Derecho, simplemente se proponen o se imponen modelos de comportamiento respecto a los que los contendientes se encuentran más o menos constreñidos *de facto* a relacionarse en cada caso en la evolución de la relación conflictual»¹⁰.

Por último, está la legitimación del poder como función importante que el Derecho ha de cumplir. Esta función resalta el hecho de que todos los sujetos que disponen de capacidad de decisión o que desean ampliarla pueden hacer uso del Derecho para conseguir el consenso sobre las decisiones que asumen o deben asumir. Obviamente, el Derecho cumplirá su función legitimadora más fácilmente cuando además de él se deprenda su carácter legítimo.

Las funciones del Derecho apuntadas hasta aquí se podrían considerar como inherentes a la estructura interna del mismo, de tal modo que resulta impensable un Derecho ajeno a las mismas. En primer lugar, es, en cierto modo, absurdo un Derecho a-orientativo. Pues el Derecho se compone de reglas dirigidas más o menos directamente a orientar comportamientos. En segundo lugar, resulta contradictorio, e incluso paradójico, pensar en un Derecho que no se ocupe de la regulación y gestión de conflictos declarados.

⁹ Vid. sobre esta cuestión, Vincenzo Ferrari: *Funciones del Derecho*, op. cit., p. 111.

¹⁰ Vid. *Ibid.*, p. 115.

Pues el Derecho actúa siempre ofreciendo pautas y criterios para la regulación y solución de los conflictos. En tercer lugar, y en ello coincido con Ferrari, el Derecho en ningún caso puede utilizarse de modo a-legitimativo y menos aún de manera deslegitimadora de las decisiones del sujeto que lo invoca¹¹.

Ahora bien, así como las funciones hasta aquí descritas forman parte de la propia razón de ser del Derecho y no pueden utilizarse de modo diferente o incluso opuesto, en mi opinión, no ocurre lo mismo con las instituciones del Derecho; puesto que a partir de ellas se pueden lograr objetivos incompatibles entre sí. A través del Derecho puede orientarse tanto una política reaccionaria o conservadora como innovadora o hasta revolucionaria. Del mismo modo, el Derecho puede utilizarse en una dirección integradora, de integración social, o también en una línea desintegradora, de desintegración social, en el caso de una sociedad atomista y conflictual.

Siguiendo a Elías Díaz, cabe sostener que el Derecho como sistema de organización de un grupo englobaría dentro de sí las siguientes vertientes: a) Sistema de control (controla el cambio) y de integración social (integra en las diferentes transformaciones). b) Sistema de información (informa sobre las claves de la transición) y de seguridad (seguridad ante lo novedoso o nuevo)¹². A continuación, aunque brevemente, examinaré cada una de ellas.

1. El Derecho como sistema de control social.

Se refiere a medios y procedimientos (normas e instituciones), que el Derecho utiliza o expresa para el intento de adopción de comportamientos reglados. Control social debe entenderse aquí como el establecimiento de pautas, normas¹³, instituciones, buscando cierta uniformidad en los comportamientos.

La expresión «control social» se refiere a dos conceptos clásicos que algunos autores no han sabido distinguir¹⁴. Por una parte, el concepto más

¹¹ *Vid. Ibid.*, p. 118.

¹² *Vid. Elías Díaz: «De las funciones del Derecho: Organización y cambio social» en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, op. cit.*, p. 5450.

¹³ No se ha de perder de vista que las normas constituyen realidades sociales y humanas, productos históricos que se originan en una colectividad para la protección de fines, valores, intereses, etc. En ningún caso, se trata de entidades metafísicas o simples proposiciones formales. *Cfr. Elías Díaz: Legalidad-Legitimidad en el socialismo demorático, op. cit.*, p. 18.

¹⁴ Entre otros autores, se encuentra L. Gallino al identificar ambos conceptos en Voz «Control social», *Dizionario di Sociologia, op. cit.*, p. 180.

usual vincula el control social a orden social. Con palabras de V. Ferrari: «A través del control y sus modalidades, entre ellas el Derecho mismo, dirige los comportamientos humanos hacia finalidades generales de orden, esto es, de interacción tendencialmente no conflictual. Por tanto, el control equivale a una prevención de la desviación según la perspectiva objetivista del orden y de los modelos respecto a los cuales una parte de los miembros del grupo produce orden. En esta acepción puede decirse que el control proviene esencialmente en una dirección, desde quien tiene mayor hacia quien tiene menor poder, desde quienes tienen mayor interés en mantener o reforzar el orden existente, hacia quien discute su legitimidad»¹⁵. El segundo concepto resulta más amplio y general, comprendiendo todos los modos y medios mediante los cuales las personas y los grupos se influyen recíprocamente. Este segundo sentido es el que posibilita entender que el control puede ser ejercido «de forma persuasiva» en aras de conseguir fines distintos, e incluso opuestos, a los del mantenimiento o conservación del orden existente. Según esta acepción, el control podría ejercerse en varias direcciones, puesto que su movimiento es pluridireccional y cabría elegir libremente, de acuerdo con criterios de valor, el Derecho que parezca más adecuado.

Creo que valdría la pena hacer un alegato en favor del Derecho como sistema de control social dentro de un contexto democrático, frente a la tesis que defiende la forzosa e irremediable maldad del Derecho. Si se parte de que el fin no justifica los medios, sino más bien todo lo contrario, habría que señalar que son los medios de control, legítimos y democráticos, respetuosos con la libertad y la dignidad humana, los que van a legitimar el modelo de organización e integración social. De tal manera que el fin de la integración social que el Derecho ha de cumplir, en mi opinión, no justificaría nunca el empleo de vías inmorales (como, por ejemplo, el engaño o la manipulación) contrarias al Derecho para conseguirla.

2. El Derecho como sistema de integración social.

Se trata de incorporar a las personas a uno u otro modelo de organización social. Obviamente, la integración puede ser muy diferente: con libertad y con discrepancias en el sistema democrático y sin libertad y sin discrepancias en el sistema no democrático. Por consiguiente, no toda integración ni toda socialización deberían entenderse negativamente.

¹⁵ Vincenzo Ferrari: *Funciones del Derecho*, op. cit., pp. 130-131.

El Derecho como sistema de integración en y para una sociedad democrática, con legalización de las discrepancias y del pluralismo y con serias propuestas para la mayor igualdad real posible, no conduce automáticamente a que cualquier decisión que se tome dentro del sistema jurídico sea siempre en aras de una sociedad más funcional y más justa. Resulta necesaria una concepción del Derecho y de la democracia crítica con respecto a otras opciones pero también autocrítica respecto de sí misma.

3. El Derecho como sistema de información.

Decimos que el Derecho es un sistema de información, pues como afirmó Ortega y Gasset: «Con él sabe uno a qué atenerse». Concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 6.1 del Código Civil prescribe: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Según esto, es muy importante que la información sea comprensible, esté perfectamente dibujada. Resulta imprescindible la existencia de un lenguaje claro en las palabras de la ley para que se comprenda, lo que incluye la superación de lenguajes arcaicos, incomprensibles, casi ridículos y grotescos, la modificación de modos de proceder laberínticos, etc. Hay que tener en cuenta que el Derecho como cualquier sistema de información tiene ciertas deficiencias queridas o no queridas de ocultación que han llevado a poder hablar del «discurso ausente del Derecho».

4. El Derecho es un sistema de seguridad.

Aunque todo sistema jurídico o de legalidad proporciona seguridad no toda legalidad produce la misma seguridad ni el mismo grado de seguridad. Si el Derecho cumple una función de organización es precisamente para crear seguridad. A mi modo de ver, un sistema que legisla sus voluntades omnímodas, sus injusticias, sus desigualdades, sus arbitrariedades, etc, resulta, a fin de cuentas, mejor que cuando éstas se dejan al capricho arbitrario de cada gobernante; pues, al menos, en este caso nos encontraríamos ante la llamada por Elías Díaz «seguridad de la inseguridad». Creo que la legalidad es siempre preferible a la arbitrariedad, que se produce cuando los órganos del poder hacen caso omiso de la propia legalidad o cuando utilizan incorrectamente los posibles márgenes de la legalizada discrecionalidad.

El Derecho como sistema de seguridad se referiría a dos zonas perfectamente diferenciadas: 1) La seguridad como certeza formal, como estabilidad.

Ésta comprendería dentro de ella: la información sobre lo que debo y no debo hacer, la información sobre las normas o los procedimientos que han de regir los comportamientos, la seguridad sobre el modo coherente de identificación y reconocimiento de las normas, a partir de la Constitución, etc. 2) La seguridad en cuanto al aseguramiento de los contenidos (derechos, libertades, necesidades, valores, etc). El problema que querría plantear aquí es si, partiendo de que aceptamos todo lo anterior, el Derecho puede ser además un factor de cambio social¹⁶. El debate sobre este interrogante permanece abierto en la actualidad. En mi opinión, el Derecho sí puede ser un factor de cambio social en dos direcciones radicalmente opuestas: como factor regresivo de opresión y como factor progresivo de liberación. No es que sea el factor más importante, pero, desde luego que sí puede jugar un papel importante como factor de cambio social. Hay que tener en cuenta, por un lado, que cualquier organización no es estática o inmóvil, sino que por su propia naturaleza se mantiene en permanente cambio, y, por otro lado, parece lógico pensar que el Derecho no debe limitarse a ser un mero factor de orden y de organización, por muy importante que ello sea. Como acertadamente ha observado Labarca: «El cambio es inherente a la sociedad y el derecho tiene que cambiar con ella»¹⁷.

Me gustaría defender, de nuevo siguiendo a Elías Díaz, un doble proceso de cambios de diferente signo y con consecuencias muy distintas: por un lado, el cambio de las normas producido desde la sociedad, que pone de manifiesto el importante papel de homogeneización que el Derecho cumple respecto de la sociedad. Por otro lado, el cambio de la sociedad desde las normas jurídicas. En este caso el Derecho estaría cumpliendo un decisivo papel como factor innovador de cambios y transformaciones sociales¹⁸. En la medida en que el Derecho es homogeneización social acompañará en sus determinaciones normativas las exigencias del grupo social. Por tanto, el Derecho puede cumplir una función de cambio siempre que sepa adecuarse a los cambios de la sociedad.

Ahora bien, la respuesta contraria, negativa, está muy extendida. Se afirma que el Derecho no es un factor de cambio social y que sirve sólo para

¹⁶ En relación con este tema recomendaría la lectura de los siguientes libros: W. Friedmann: *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966; J.N. Hazard: *Law and Social Change in the USSR*, Carswell, 1953; J.W. Hurst: *Law and Social Process in United States History*, University of Michigan Law School, 1960; J. Stone: *Social Dimensions of Law and Justice*, 15, Stanford University Press, 1966.

¹⁷ Domingo A. Labarca P.: «Derecho y cambio social», *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Vid. Elías Díaz: «De las funciones del Derecho: Organización y Cambio social», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, *op. cit.*, p. 5452.

organizar un grupo social. Se habla del Derecho como un orden de opresión, de dominación, de desigualdades, etc¹⁹. Desde esta perspectiva, el Derecho reproduciría las desigualdades que hay en la sociedad. Acertadamente y con ingenio, se ha hablado de un «Derecho débil ante los fuertes y de un Derecho fuerte ante los débiles»²⁰.

Como ha apuntado Elías Díaz, la tesis que sostiene que el Derecho y el Estado son y han sido mecanismos retardatarios e inmovilistas de la sociedad y, sobre todo, instrumentos para la opresión y la explotación conduce a las siguientes consecuencias negativas:

En primer lugar, a causa de una falta de objetividad histórica se desconocen o minimizan los efectos reales y progresivos de transformación así como la trascendencia de los cambios liberadores que se han producido en el pasado a través de leyes protectoras o impulsoras (por ejemplo, de derechos sociales, económicos o culturales). Negar esto lleva consigo negar cualquier mérito o reconocimiento a quienes lucharon por conquistas legales y sociales.

En segundo lugar, se podría predicar que en las condiciones de dominio de una sociedad con economía capitalista lo mismo da un Derecho y un Estado democráticos que uno dictatorial.

En tercer lugar, se cierra toda salida para los sectores sociales menos favorecidos que no sea la del exclusivo activismo en la ilegalidad o la invocación a la acción violenta directa como salida de la situación.

Es cierto que la Historia del Derecho (y de la Sociedad) tiene muchos elementos de haber colaborado con órdenes injustos, y que el Derecho, en ciertas ocasiones, se ha presentado como una fuerza de retención al cambio social o con efectos retardados respecto de la sociedad. Como ha apuntado C. Beccaria, «con respecto a la sociedad, la ley siempre nace vieja». Los operadores jurídicos se limitarían a transformar algo que ya es real en legal. Se trata de una mentalidad que tiene el aspecto positivo de que no se

¹⁹ Concretamente a este tema se ha referido Elías Díaz en «Derecho y Estado: instrumentos de opresión, factores de cambio», en su libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 174-184.

²⁰ Vid. Elías Díaz: «De las funciones del Derecho: Organización y Cambio social» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, op. cit., p. 5452. En relación con este tema existe un libro que representa bien esta actitud. Me refiero al libro de Eduardo Novoa Monreal: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo veintiuno, México-España-Argentina, 1975, que constituye una crítica a los operadores jurídicos al actuar como obstáculos al cambio social; produciéndose, como contrapartida, una desconexión entre el Derecho y las realidades sociales que vive el mundo.

hagan experimentos peligrosos, aunque no obstante la resistencia al cambio social tiene serios inconvenientes. El carácter funcional e ideológicamente conservador del Derecho se muestra no sólo en el contenido de las normas jurídicas, sino en el uso del lenguaje, técnicas tradicionales de interpretación y aplicación del Derecho, etc.

Generalmente, las propuestas de cambio y transformación, si son serias y profundas, con carácter emancipador, suelen encontrar una mayor resistencia en el Derecho que las que propenden a la estabilidad y conservación del orden existente.

Una segunda dimensión del cambio social lleva a cuestionarnos si el Derecho puede no sólo acompañar sino impulsar e incluso innovar el cambio social. Cuando se afirma que el Derecho puede ser un factor de cambio social habría que matizar que no es el único factor de cambio social ni es el más importante²¹; del mismo modo que tampoco se puede hablar de una absoluta determinación del Derecho por la sociedad. Los factores de cambio que operan en la estructura de la sociedad son factores de cambio social muy importantes. Pero todo lo que pertenece a la superestructura (factores jurídicos, políticos, intelectuales como las creaciones intelectuales, mentales, etc) no son factores de cambio social menos importantes. Unas veces, las ideas, otras veces, los factores técnicos, se sitúan por delante del cambio social. Supraestructura y estructura están íntimamente interrelacionadas. Más que ruptura, existe, a mi modo de ver, una relación dialéctica entre ambas. A la pregunta de si la estructura es más o menos importante que la supraestructura, creo, que habría que contestar que «la producción o condiciones de la vida real es lo más importante», pues en ésta encajan y se entremezclan tanto elementos de la estructura como de la supraestructura²².

²¹ Los factores de cambios técnicos, de formas de producción, etc, influyen decisivamente en el cambio social. Piénsese en un nueva reordenación económica, una nueva forma de organizar la empresa o un nuevo sistema de producción. Se trata de cambios técnicos que, lógicamente, producen un cambio social.

²² Atendiendo a épocas pasadas y a lo que ocurre en el mundo actual, se debe reconocer la incidencia de las ideas, pensamiento, filosofía sobre la realidad social. Ideas y realidad están interrelacionadas. Pensemos, por ejemplo, en la Declaración de derechos francesa de 1789 que expresa claramente a nivel supraestructural el sentido ideológico del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, el cual vendría a representar en sus líneas generales el modelo histórico del Derecho natural revolucionario, en oposición al otro modelo, más frecuente, del Derecho natural conservador. Cfr. Elías Díaz: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, op. cit., pp. 74-75.

A partir de ahora, trataré de concretar al máximo en qué medida el Derecho puede contribuir al cambio social.

1) En primer lugar, si hay cambio social y el Derecho lo sabe seguir, el Derecho modestamente es factor de cambio social. Este punto tiene que ver con la tarea de homogeneización y de seguimiento crítico respecto de la sociedad. En la medida en que se regulen jurídicamente los valores que hay en la sociedad se puede decir que el Derecho es ya factor de cambio social. Se trata de un efecto cualitativo. Algo que ya estaba en la sociedad sin estar reglado se regla. Se convierte en legal algo que era social. El sello jurídico convierte las relaciones sociales en relaciones legales. Ello aporta estabilidad, certeza, seguridad, garantías, etc. No ha de parecer intrascendente el paso de lo no legal a lo legal. Sin la legalidad existe tan solo provisionalidad; por lo que el Derecho vendría a consolidar el cambio social.

2) Unido a lo anterior, se encuentra el efecto multiplicador (de efectos, de comportamientos, de relaciones jurídicas, etc.), que se produce en el cuerpo social cuando algo se legaliza. Estamos ahora ante un cambio cuantitativo. La legalidad produce efectividad²³. En este caso, el Derecho funcionaría como trampolín para el cambio social: una parte del efecto multiplicador derivaría de la sociedad y otra parte del propio Derecho.

3) El Derecho puede ser factor de cambio social desde el poder legislativo y desde el poder ejecutivo. Sobre esta cuestión D. A. Labarca ha observado lo siguiente: «La legislación, como producto más o menos racional del hombre, tiene la virtud de ser un instrumento mediante el cual el hombre está en condiciones -por lo menos teóricamente- de adelantarse y prevenir cuestiones o acontecimientos que pueden resultar catastróficos para toda la especie humana. La legislación relativa a la contaminación y defensa de la ecología en general, demuestra cómo el hombre puede orientar -en un campo específico de su existencia- a través del Derecho, formas más útiles y justas de interacción social. En este mismo sentido, se pueden mencionar las normas tendentes a evitar la proliferación de las armas nucleares o la explotación racional de los recursos del mar, etc. Se introducen también a través del Derecho cambios en la administración pública, que pueden facilitar su funcionamiento y abren mejores medios de control sobre ésta»²⁴. En este punto, me refiero no tanto a la norma ya creada y a sus

²³ Existe un libro importante en relación con este tema cuyo autor es José Juan Toharia: *Cambio social y vida jurídica en España*, Edicusa, Madrid, 1974.

²⁴ Domingo A. Labarca P.: «Derecho y cambio social», *op. cit.*, p. 25.

repercusiones cualitativas y cuantitativas como al trabajo previo de los operadores jurídicos (legislativo y ejecutivo) que van a crearla. La mediación de las instituciones jurídico-políticas o legislativas, y, en concreto, el trabajo de los juristas que integran el Parlamento es enormemente importante para el cambio social. El legislador puede sacar consecuencias de la sociedad e impulsar el cambio social, es decir, ir más allá de lo que es la voluntad mayoritaria de la sociedad. La labor de depurar, seleccionar y coordinar la soberanía popular o la voluntad de la sociedad constituye una labor sumamente importante para el Parlamento.

4) Se refiere directamente al trabajo del jurista. El jurista en su condición de científico del Derecho ha de determinar la realidad jurídica. Se encuentra, por tanto, obligado a penetrarla y comprenderla no tanto como una realidad estática sino dinámica. Una buena técnica jurídica o una buena Ciencia Jurídica, donde habría que incluir el lenguaje, la lógica, etc, no son factores inocuos o estériles para el cambio social. La Ciencia del Derecho se interesa por el Derecho válido o vigente, es decir, por las normas promulgadas y no derogadas. El trabajo de los juristas puede contribuir al cambio social mediante un lenguaje más depurado, más preciso, más claro, etc; aunque, naturalmente, también una buena técnica jurídica puede hacer más temible una dictadura. En cualquier caso, una buena técnica jurídica -Ciencia Jurídica- tiende a favorecer el cambio social. Bajo este punto de vista, es tarea prioritaria que técnicamente las leyes estén bien hechas²⁵. Una buena ley desde el punto de vista técnico favorece el cambio social frente a una mala ley desde este punto de vista que posiblemente ocasionará dificultades para su efectividad y utilidad.

Núñez Encabo escribe: «La falta de madurez de la Ciencia jurídica se refleja en ocasiones en la ausencia de un lenguaje propio y riguroso. El léxico jurídico vive en gran parte de prestado, y hasta se dan casos en que, al importar al campo del Derecho términos definidos en otras ciencias y aun propios del lenguaje vulgar, éstos pierden sus perfiles peculiares, y no son infrecuentes confusiones como la del antecedente con la causa, el error con la ignorancia, la prohibición con la incapacidad, ésta con la mera indisposición

²⁵ Desgraciadamente, son muchos los ejemplos que se podrían poner sobre importantes errores técnicos reflejados tanto en normas jurídicas como en leyes. Me permito sugerir la lectura de los artículos 1583-1587 del Código Civil español dedicados, dentro del arrendamiento de obras y servicios, al servicio de criados y trabajadores asalariados, así como también recomiendo la lectura del espléndido artículo de Víctor Fairén Guillén «Comentarios al 'Anteproyecto de Ley del Jurado' de 11 de marzo de 1994», publicado en la *Revista de Derecho Procesal* N° 2, Madrid, 1994, pp. 431-500.

posición actual de obrar y la incompatibilidad, la incertidumbre con la contingencia, la dogmática con la metodología.

Esta falta de rigor científico propende al abuso de figuras literarias, como locuciones metafóricas, frases hiperbólicas, giros paradójicos y otros excesos verbales que, en el mejor de los casos, se traducen en sutilezas inoperantes, distinciones inútiles y aserciones apriorísticas totalmente divorciadas de las exigencias vitales que constituyen los auténticos postulados del ordenamiento jurídico, y que tienden a crear en el ánimo de los estudiosos una apetencia de amenidad que en vano buscarían los cultivadores de otras ciencias en las fórmulas algebraicas o químicas, o en las leyes de la mecánica o de la biología»²⁶.

5) También posiciones teóricas del Derecho como la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho, Moral y Política pueden contribuir y ayudar a que se produzca el cambio social. Esta última se ocupa de los modos de entender, interpretar y valorar críticamente así como puede llegar a contribuir a cambiar normas, conceptos, instituciones. Se pronuncia sobre si un Derecho válido y eficaz es o no es justo. En el plano de la legitimidad, la Filosofía del Derecho se ocupa de realizar una tarea crítica sobre la legitimidad legalizada y la legitimidad eficaz, crítica que se ejerce desde una perspectiva personal a la que se ha denominado «legitimidad crítica o justa» porque al menos un sujeto la considera así.

6) El Derecho como factor de cambio social recalca la importancia del trabajo de los operadores jurídicos, en particular de los jueces, del poder judicial.

En la interpretación, aplicación y en la realización del Derecho los jueces pueden contribuir al cambio social al no realizar una labor meramente mecánica de las leyes vigentes independientemente del contenido de éstas. No se puede entender su función judicial y la realización de la justicia como una función neutra y aséptica, pues del mismo modo que el Derecho no es siempre imparcial y justo, ellos, a fin de cuentas, no pueden tampoco actuar con absoluta imparcialidad guiados en todo momento por criterios de justicia. Habría que desechar la idea de que convierten en realidad lo que está ya en la norma jurídica²⁷.

²⁶ Manuel Núñez Encabo: *El Derecho, ciencia y realidad social*, op. cit., pp. 188-189; así como su artículo «El lenguaje jurídico y sus implicaciones en la ciencia del Derecho», *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, XVII, Nº 48. Vid. también R. Mans Puigarnau: *Hacia una ciencia general y unitaria del Derecho*, Editorial Latina, Barcelona, 1960, pp. 22-23.

²⁷ En relación con este tema, me parece de obligada referencia el libro de Renato Treves sobre *Giustizia e giudici nella società italiana* (1974). Allí el autor estudia desde diferentes perspectivas

A mi modo de ver, resulta innegable la función creadora del juez cuando decide los casos que se le plantean. La actividad jurisdiccional no se limita a la aplicación pura y simple de una norma abstracta, sino que es sumamente importante la adecuación de esas normas generales a los casos planteados, momento en que resulta indispensable la apreciación del juez y donde éste participa con su mundo ideológico en la efectividad del Derecho o mejor en la existencia del Derecho, en cuanto que un Derecho que no se aplica, tiene una existencia meramente formal, pero carece de existencia material²⁸.

En mi opinión, ocupa un papel muy importante el intérprete y aplicador del Derecho ya que tiene la misión de transportar al Derecho desde el nivel abstracto al nivel concreto. Hay quienes han sostenido que el Derecho vive su plenitud en su aplicación. Buena muestra de esta posición es Rodolfo von Ihering, quien ha defendido lo siguiente: «... Un derecho concreto no puede nacer más que de la reunión de las condiciones que el principio del derecho abstracto aporta a su existencia. He ahí todo lo que nos dice la teoría dominante de sus relaciones; como se ve, no es más que un lado de la cuestión. Tal teoría hace exclusivamente resaltar la dependencia del derecho concreto con relación al derecho abstracto, y no dice absolutamente nada de la relación que existe también en sentido inverso. El derecho concreto da al derecho abstracto la vida y la fuerza que recibe; y como está en la naturaleza del derecho que realiza prácticamente, un principio legal que no ha estado nunca en vigor, o que ha perdido su fuerza, no merece tal nombre, es una rueda usada que para nada sirve en el mecanismo del derecho, y que se puede destruir sin cambiar en nada la marcha general. Esta verdad se aplica sin restricción a todas las partes del derecho, al derecho público, al derecho privado y al derecho criminal. La legislación romana ha sancionado explícitamente esta doctrina, haciendo del *desuetudo* una causa

los objetivos y resultados de una investigación realizada en Italia, desde 1962, sobre el tema general de «La administración de justicia y la sociedad italiana en transformación». Del mismo modo remito a los libros de los españoles José Juan Toharia: *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975, y de Manuel Peris: *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres editor, Valencia, 1976.

²⁸ Sobre este punto ha insistido especialmente el realismo jurídico norteamericano al poner énfasis en el escalón que existe entre las normas generales, que aparecen en los textos legislativos, y las normas individuales que se dictan al regular o resolver situaciones concretas, de lo cual deriva el llamado «arbitrio ordinario», que parece ser consustancial al acto de aplicación del Derecho. En relación con el «arbitrio ordinario» de los jueces, vid. Juan Linares: *Poder discrecional Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 15-16.

para la abrogación de las leyes: la pérdida de derechos concretos por el no uso prolongado (*non usus*) significa exactamente lo mismo»²⁹.

El Derecho tenemos que comprenderlo, según D. A. Labarca, como un diálogo que se establece en la conciencia del juez donde están presentes estos dos elementos: por un lado, las demandas que imponen los textos de ser respetados en su pureza literaria y, por otro, la «equidad» material que es también un factor de un poder indiscutible en el establecimiento de la síntesis de este diálogo: la decisión judicial³⁰.

No se puede pasar por alto que cualquier ordenamiento jurídico se manifiesta mediante directivas, las cuales necesitan, (del mismo modo que las plantas), con palabras de Alf Ross, «del suelo nutritivo en el que crecieron. Las normas jurídicas, al igual que toda otra manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado»³¹. El juez porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómeta se halla bajo la influencia de la tradición cultural, es decir, está compenetrado con la realidad socio-cultural en la que se desenvuelven las normas a la hora de realizar su labor interpretativa. De ahí la importancia de su papel como jurista y de su actividad o tarea al servicio de la comunidad. Generalmente, el juez no encuentra la solución a los problemas que se le plantean en su actividad jurisdiccional en los puros textos legislativos. El propio Hart así lo señala en el «Prefacio» a la edición inglesa de su obra *El concepto de Derecho*: «Muchas distinciones importantes, que son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa»³².

Desde finales del s. XIX han existido posiciones del Derecho Libre frente al formalismo, por ejemplo, de Savigny. La Escuela del Derecho Libre trataba de conseguir una «liberación» con respecto a la norma. Se corría, eso sí, el peligro de dar un excesivo poder al juez que lo llevaba a desvincularse de aquélla, la cual se quedaba en un segundo plano. A primera vista, estas posiciones pueden parecer más abiertas y progresistas, pero por debajo de

²⁹ Rudolph von Ihering: *La lucha por el derecho*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 97-98.

³⁰ Cfr. Domingo A. Labarca P.: «Derecho y Cambio Social», *op. cit.*, p. 52.

³¹ Alf Ross: *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, Cuarta edición 1977, p. 96.

³² H. L. Hart: *El concepto del Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963. p. XII.

ellas se deja traslucir una actitud de restar importancia al poder legislativo que, al fin y al cabo, deriva de la soberanía popular, lo que le convertiría en insustituible, frente a un poder judicial que aunque controla la soberanía popular no deriva de ella.

En mi opinión, hay que tratar de no caer en el extremo peligroso del «judicialismo» que se desvincula de las normas legales, tal y como ha ocurrido en sectores de la «libre jurisprudencia» en la que el juez se independiza y se aísla totalmente del ordenamiento jurídico positivo. Por consiguiente, hay que luchar contra el reduccionismo del judicialismo del mismo modo que hay que hacerlo contra el formalismo legalista o el sociologismo antinormativista.

Frente al judicialismo tradicional, que sociológicamente se ha comprobado nace para frenar la soberanía popular, se trataría ahora de recuperar el potencial del poder judicial para que éste sea un factor de colaboración para el cambio social³³. Los jueces han de cumplir una función creadora en la aplicación de la norma para que ésta sea cada vez más expresión de la voluntad popular; buscando realizar un juicio crítico de la legislación vigente en aras de lograr unos objetivos lo más progresistas posibles.

a) El juez debe recuperar una perspectiva de la totalidad jurídica: al interpretar y aplicar la norma debe saber que se inscribe en un sistema jurídico y que aquélla puede aplicarse de manera diferente según tenga o no en cuenta el sistema jurídico en su totalidad³⁴.

b) Dentro de esta perspectiva de totalidad, el juez que piense que el Derecho puede valer para el cambio social, puede aducir que el Derecho se inscribe también dentro de un contexto histórico-social. El juez al interpretar el Derecho necesariamente lo está contextualizando. No debe resultar indiferente que esta interpretación y aplicación esté dando lugar a distintos

³³ Buena muestra de que el poder judicial puede actuar como factor de colaboración para el cambio social con sus sentencias es, en mi opinión, entre otras, la sentencia de 4 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Madrid al considerar allí la magistrada Pilar Oliván que las nueve familias jóvenes que en mayo de 1995 *okuparon* la antigua casa cuartel de la Guardia Civil de San Fernando de Henares no cometieron ningún acto delictivo. La magistrada entiende que no se puede condenar por coacciones a quien entra a una vivienda sin que se demuestre que ha ejercido violencia. De este modo, se revoca una sentencia del Juzgado número 3 de Coslada que había condenado a estos *Okupas* a 10.000 pesetas de multa o dos días de arresto en caso de impago por una falta de coacciones. *Cfr.* «'Okupas' en la casa cuartel», *El País*, 22 de noviembre de 1996, p. 80.

³⁴ Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento y en relación con la vinculación a las normas constitucionales que se exige a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados, de acuerdo con el artículo 9.1, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981.

efectos sociales. Se deben reintegrar las instituciones jurídicas dentro del cambio social. Se trata de recuperar una perspectiva más amplia: la totalidad histórico-social. En este caso existen mayores riesgos de que el juez se deje llevar por ideologías. El operador jurídico debe tener en cuenta que su labor tiene unos efectos histórico-sociales. Un juez con sensibilidad histórico-social tendrá una capacidad superior para producir determinaciones jurídicas tendentes al cambio social. En cambio, un juez con falta de sensibilidad histórico-social, previsiblemente, tenderá a producir determinaciones jurídicas propensas a la organización.

Si se quiere que el Derecho sea un factor de cambio social es necesario no separarlo o aislarlo de la realidad social, tal y como recomienda expresamente el artículo 3.1 de nuestro Código Civil³⁵. Pues cuando la distancia entre la norma y la realidad social es enorme irremediabilmente se daña el principio de legalidad³⁶.

La función judicial con sus resoluciones se orienta siempre inevitablemente hacia uno de estos dos modelos de Justicia:

a) que recorta libertades, derechos y resta participación en decisiones. Sistemas no democráticos.

b) que impulsa el cambio social y busca un mayor progreso, libertad, igualdad, etc. Sistemas democráticos.

De todo lo anterior se desprende que hay que descubrir el sentido del Derecho como factor de cambio social desde la totalidad jurídica y desde la totalidad histórico-social.

Por otra parte, es verdad que cabe hacer un cambio o cambios en el sistema pero no del sistema. Lo que, en cierto modo, recuerda la tesis de Marx

³⁵ El artículo 3.1 del Código Civil señala: «Las normas se interpretarán en relación con el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

³⁶ A propósito de este tema, vid. Alfonso Ruiz Miguel: «La inútil represión», en *El País*, jueves 25 de junio de 1992, p. 7. En este artículo, su autor defiende como una de las razones más importantes para ampliar la despenalización del aborto consentido por la mujer el daño que al principio de legalidad produce la enorme y discriminatoria distancia entre la norma y la realidad social, atendiendo a la reforma del año 1985. La ley aprobada por el Parlamento el 5 de julio de 1985 en materia de aborto únicamente despenalizaba tres tipos de aborto: el necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (indicación terapéutica), el que es consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación (indicación criminológica o ética), y el debido a que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas (indicación eugenésica). En esta reforma se ignoraba el supuesto de que dificultades familiares y económicas graves pudieran dar lugar a un estado de necesidad que, en el balance con la vida del no nacido, podría llegar a pesar lo suficiente como para eximir de responsabilidad penal.

de que tan solo caben meras reformas o retoques pero no un cambio sustancial del sistema. Como algún autor de nuestros días acertadamente ha señalado: «Es posible que se introduzcan -en el marco de una sociedad determinada-, ciertos cambios en el ordenamiento jurídico, pero estas reformas no suelen ser substanciales, y la mayoría de ellas obedecen a los requerimientos de quienes originariamente han establecido los principios fundamentales que rigen las reglas del juego social.

Son las mismas modificaciones que se producen cuando el niño tiene que cambiar la talla de su ropa. Es una mutación más aparente que real: es este el caso, cuando se emprenden reformas en la administración pública, cuando se dictan leyes en materia impositiva o agraria»³⁷. En mi opinión, resulta difícil imaginar como posible la elaboración de un Derecho que desconozca de forma absoluta ciertos principios y postulados que la sociedad ha conseguido alcanzar tras largas luchas y constantes esfuerzos. Es cierto que existen regímenes como el nacional-socialismo que ignoró presupuestos morales y normas, que con palabras de Fuller, forman parte del derecho implícito en la conciencia jurídica moderna. No obstante, creo que generalmente se vienen respetando ciertas reglas completamente necesarias para una convivencia pacífica entre los hombres.

A modo de conclusión, creo que se podría sostener, con ciertas garantías, que aunque el Derecho sí que puede contribuir a acelerar un proceso de transformación social³⁸, no ha de esperarse, ingenuamente, que, por sí solo, pueda constituir un factor capaz de generar un cambio social lo suficientemente profundo como para lograr establecer modos de coexistencia en los cuales el hombre consiga el completo y total desenvolvimiento de su potencialidad. Del mismo modo que tampoco pienso que se pueda hacer responsable al Derecho del estancamiento de una determinada sociedad, porque, como observa de D. A. Labarca, y termino: «Las formas jurídicas que una sociedad se da son modificables, mas ello depende de factores que están más allá de la realidad jurídica propiamente dicha»³⁹.

³⁷ Domingo A. Labarca P.: «Derecho y cambio social», *op. cit.*, p. 13.

³⁸ Sobre este aspecto ha insistido P. I. Stucka en *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, traducción de Juan Ramón Capella, Península, Barcelona, p. 119.

³⁹ Domingo A. Labarca P.: «Derecho y cambio social». *op. cit.*, p. 18.