

CAMBIO DEL DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

Jerzy WRÓBLEWSKI¹

Abstract: The present essay deals with the change of law and the social change in the dimension of metatheoretical research. This is the justification of its rather abstract character. My purpose was to outline some very general conceptual instruments, which can be used in a concrete legal theory or sociology of law based on historical and comparative research.

1. Para poder hablar de la relación entre cambio del derecho y cambio social,² hay que determinar los conceptos básicos que se van a emplear. Existen muchas concepciones del derecho y, en este ensayo, no sería posible tratar todas las que están presentes en la teoría jurídica (filosofía del derecho, jurisprudencia).³ Por ello, debemos dejar en claro nuestros supuestos de partida.

Es preciso considerar al derecho bajo una perspectiva dual, que puede resumirse en las expresiones “derecho como norma”, y “derecho como hecho”. La norma es, o bien una norma general, o una decisión que dispone una norma determinada. El hecho es un fenómeno social que posee ciertas dimensiones espacio-temporales. Este doble aspecto corresponde a la idea de la complejidad del derecho, que no debatiremos aquí.⁴

El derecho como norma se revela como un sistema de reglas que constituye una parte del sistema socio-político total de una sociedad global organizada en el Estado. De ahí que, en este ensayo, me interesen solamente las normas relacionadas con el Estado. Puede acusarse a esta determinación convencional del ámbito de estudio de restringir el campo del derecho: por ejemplo, entre los que reconocen el derecho natural, el término “derecho” no denota únicamente

¹ Universidad de Lodz.

² En el presente ensayo uso algunos conceptos y argumentos elaborados en mi trabajo “Law and Social Change”, *Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del derecho y filosofía social*, México, 1981.

³ En lo sucesivo usaré el término “teoría legal” (*legal theory*) para referirme a todos los tipos de reflexión general sobre derecho y metodología de la ciencia jurídica. Cf. Wróblewski, J., “Law and Philosophy”, *Österr. Z. Öffentl. Recht und Völkerrechts*, 28, 1977, pp. 211-213.

⁴ Cf. Wróblewski, J., “Ontology and Epistemology of Law”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, 4, pp. 842-847.

el derecho positivo;⁵ entre quienes hacen una polémica de la reducción del derecho positivo al derecho creado o reconocido por el Estado, el término "derecho positivo" no abarca sólo el derecho vinculado al Estado en la forma antes mencionada.⁶

Las normas jurídicas constituyen un todo más coherente. Las normas válidas se crean por promulgación o son aceptadas empleándolas como reglas de decisión. En la cultura jurídica contemporánea, el poder legislativo actúa de dos maneras, principalmente: legisla mediante promulgación de normas generales y mediante decisiones jurídicas.⁷ El primer caso es clásico de los sistemas de derecho estatutario, y el segundo, de los sistemas de derecho operativo;⁸ se suele denominar al primero el "derecho según los libros", y al segundo el "derecho en acción".⁹ De ambos hablaremos en el presente ensayo.

Se considera también al derecho como hecho, es decir, como fenómeno social vinculado a otros fenómenos sociales. Esta relación tiene un aspecto pasivo y uno activo. El primero se manifiesta en la dependencia a la que está sometida el derecho de parte de otros fenómenos sociales; el segundo se manifiesta en el impacto que tiene el derecho sobre la realidad social. El impacto del derecho sobre otros fenómenos sociales se manifiesta en dos formas principales: como mantenimiento de cierto *statu quo* de la sociedad global o como canalizador o impulsor del cambio social.

2. Por "cambio social" entenderemos simplemente las diferencias significativas entre fenómenos sociales en determinada dimensión espacio-temporal. La cuestión vital es la de la significación, que define de hecho el uso del concepto en cuestión. Esta significación depende del aparato conceptual de la teoría que se emplea para describir y/o explicar el cambio social en un determinado nivel de análisis.

⁵ E.g. Cotta, Sergio, "Diritto naturale", en *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XII, 1964.

⁶ Cf. la crítica de "la concezione statualistica del diritto", Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 108, sq., 124.

⁷ Cf. Wróblewski, J., "Society of the Future and the Rationalization of the Law-Making", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1978, 1, pp. 44-48.

⁸ Cf. Wróblewski, J., "Modelli di sistemi giuridici e potenzialità dell'informatica giuridica", en *Informatica e diritto*, 1978, IV, pp. 56-65.

⁹ La oposición de "derecho según los libros" y "derecho en acción" es entendida aquí en un sentido amplio, influenciada por las ideas de R. Pound. Este concepto comprende también el "derecho como acción" en "integrative jurisprudence", cf. Hall, J., *Foundations of Jurisprudence*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1973, cap. V.

Las fases o periodos de la historia se distinguen según el concepto de cambio social empleado en una determinada teoría sociológica o historiosofía. Este concepto determina la significación, y no puede ser precisado a nivel metateórico. Por ejemplo, dentro del marco conceptual marxista, las diferencias significativas para los cambios sociales relacionados con el derecho en la dimensión histórica son las diferencias de estructura de clase de sociedades globales, que definen las formas sociales.

Por "cambio del derecho" entiendo la diferencia jurídica significativa en una determinada dimensión espacio-temporal. También a este respecto el concepto de significación es de suma importancia. Puede emplearse la expresión "cambio del derecho" para denotar cualquier cambio, en cuyo caso, el derecho invariable se reducirá a los lapsos determinados de su historia: el "sistema jurídico momentáneo"¹⁰ dura mientras no haya cambios en sus elementos (normas generales, decisiones). Sin embargo, para hablar de cambio del derecho y cambio social, todo parece indicar que debe emplearse una referencia a la significación determinada a nivel de una teoría jurídica.

3. Existen varias posibilidades de demostrar y analizar. Puede usarse la historia del derecho dentro del contexto funcional cambiante de su modelaje y su funcionamiento, o bien emplear una comparación entre sistemas que coexisten en un momento dado en varias sociedades globales. Ambos tipos de análisis pueden combinarse y deberían basarse en elementos empíricos.

Existe también la posibilidad de analizar las relaciones entre cambio del derecho y cambio social a un nivel teórico en determinada teoría jurídica o bien según un grupo de teorías que poseen un conjunto común de conceptos y postulados básicos. Este enfoque teórico está doblemente vinculado a un estudio de elementos empíricos: está estimulado por los hechos de la realidad, y sirve para describir y explicar fenómenos significativos.

El presente ensayo emplea un enfoque metafórico. Reconoce la tesis global de la relación mutua entre el derecho y el contexto social en el que opera la dependencia social del derecho, y el derecho como factor activo de cambio social. Emplea el concepto amplio de cambio del derecho y cambio social, que se define formalmente por referencia a la significación determinada a nivel de una teoría y, a fin de cuentas, a nivel de un problema concreto.

¹⁰ Cf. Raz, J. *El Concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, cap. VII/2.

4. La dependencia social del derecho es comúnmente aceptada en todas las ciencias jurídicas contemporáneas, así como en las ciencias sociales y humanidades. Tenemos dos conjuntos de datos para demostrar tal dependencia.

En primer lugar, se demuestra esta dependencia en una dimensión histórica diacrónica en una sociedad determinada o en algunos tipos de sociedad. Las diferencias temporales manifestadas históricamente son consideradas como cambios sociales a los que los cambios del derecho están correlacionados y explicados dentro del marco de una teoría concreta.

En segundo lugar, se demuestra la dependencia en cuestión comparando sincrónicamente sociedades y su derecho en condiciones diversas y con diferencias significativas. La comparación sirve para explicar las diferencias por dependencia del derecho dentro del marco conceptual de una teoría concreta que permita esta comparación.¹¹

Es posible, desde luego, combinar el enfoque diacrónico y sincrónico, cosa que, sin embargo, requiere un aparato teórico más complejo.

Este ensayo presupone que todos los datos significativos relativos a la dependencia del derecho son conocidos. Como supuesto metateórico, puede darse en la teoría contemporánea del derecho.

5. La explicación de la dependencia social del derecho difiere según las teorías.¹² Existen diferencias entre determinadas teorías acerca de la identificación de fenómenos sociales de los que depende el derecho, de la explicación de la dependencia en cuestión, de las regularidades patentes de cambios sociales y de las posibilidades de uso operativo de estas regularidades para la política jurídica.

Los hechos sociales y sus cambios, de los que depende el derecho, pueden clasificarse de varias maneras: (a) estructura social de una sociedad global, especialmente estructura de clase; (b) estructura política de la sociedad global; (c) estructura económica de esta sociedad; (d) nivel de desarrollo tecnológico y de civilización; (e) cultura dominante de la sociedad, incluidas las normas y evaluaciones extra-jurídicas; (f) lugar de la sociedad organizada como Estado en las relaciones internacionales; (g) psicología social del hombre

¹¹ Acerca de la posibilidad de comparación en cuestión cf. Wróblewski, J. "The Problem of Incomparability in comparative law", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, 1, pp. 92-109.

¹² Para un trazo general de varias teorías comparar e.g. Stone, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, 1966.

expresada en actitudes epistémicas y axiológicas; (h) propiedades biológicas y psicológicas del hombre expresadas en las necesidades básicas de su existencia.

Esta enumeración proporciona ejemplos de la variedad de hechos de los que depende el derecho según diferentes teorías. La diferencia entre teorías se refleja no sólo en los hechos que son significativos para el derecho, sino también en su interdependencia y nivel de significación, y las opiniones relativas a su capacidad de cambio en dimensiones espacio-temporales.

Se suele afirmar que existe una diferencia entre los factores (h) y (a); se considera al primero como relativamente estable en la historia de la humanidad, por lo menos si se toma restringidamente el carácter básico de las necesidades,¹³ mientras que el segundo es cambiante, desde el punto de vista histórico, y determina algunas tipologías macrocomparativas del estado y el derecho.¹⁴ Existen profundas diferencias en las opiniones relativas a la significación de los cambios de factores determinados para la explicación de los cambios del derecho. Las teorías jurídicas pueden remitir a teorías más generales de la sociedad y sus cambios.

Según el enfoque sociológico en general, y el materialismo histórico, en particular, los cambios de factores de tipos (a) y de (d) explican con gran pertinencia el contenido y las funciones del derecho,¹⁵ y están interrelacionados con otros factores, en espacial con los de tipo (b) y (c). Pero algunos cambios en los demás factores también resultan significativos para el derecho, por ejemplo, la moral prevaleciente como ejemplo del factor (e), o el impacto de las relaciones internacionales sobre el derecho en la situación actual de la interdependencia de varios estados de la comunidad mundial (el factor f).

6. Puede emplearse la identificación de los factores sociales variables, significativos para el derecho, no sólo para explicar el derecho sino también para formular regularidades que vinculen a los cambios sociales con el derecho. Según postulados metodológicos sólo así puede alcanzarse el nivel de "teoría" que se define estableciendo determinadas regularidades.

Estas regularidades reflejan diversas clases de relaciones entre cambios sociales y el propio derecho. Depende de las características de los fenómenos

¹³ Este es el sentido de la doctrina del "contenido mínimo del derecho natural" cf. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, cap. IX/2; Weinberger, O., "Über schwache Naturrechtslehren", en *Ius humanitatis*, Berlín, 1980.

¹⁴ Cf. e.g. Wróblewski, J., "State and Law in Marxist Theory of State and Law", *Wayne Law Review*, 1976, vol. 22, part. IV.

¹⁵ Cf. *cit. supra* nota 14, p. 821.

relacionados y el grado de complejidad de la teoría y de su generalidad. La teoría del derecho depende de teorías más generales del cambio social como son las teorías sociológicas de nivel amplio o medio.¹⁶ Una explicación del derecho en términos de estas regularidades encaja en el paradigma metodológico de algunas ideas historiosóficas de desarrollo o decadencia de la humanidad. La polémica de si una teoría determinada es una descripción verificada de las regularidades o bien una visión historiosófica del pasado y el futuro parece ser un argumento persuasivo si no se formulan criterios estrictos para adoptar una decisión. Esta controversia tiene relación con las diferencias entre prognosis científica y profecía si se dirigen hacia el futuro, y se refiere a la capacidad de explicación de la teoría cuando se dirige hacia el pasado o el presente.¹⁷

Si el derecho depende de los fenómenos sociales, el cambio social puede influir en el cambio del derecho. De hecho, a través del análisis de reformas jurídicas y cambios sociales más o menos concomitantes es como puede demostrarse la tesis de la dependencia social del derecho. Existe una interdependencia entre los cambios del derecho y los cambios sociales. Por ello, puede analizarse la cuestión recalcando la dependencia del derecho del cambio social, y viceversa. Si se parte del cambio social y se explica el cambio del derecho mediante éste, puede verse en el derecho el reflejo más o menos retrasado del cambio social. Existe también una forma inversa de examinar el cambio: cuando se explica el cambio social por medio del cambio jurídico. En esta situación, se considera al derecho como factor de control de los fenómenos sociales, siempre y cuando posea un grado suficiente de eficiencia.

Tomando en consideración la interdependencia entre derecho y sociedad, debe analizarse esta relación desde ambos puntos de vista, es decir, partiendo del cambio social y partiendo del cambio del derecho. Así ocurre cuando se explican los fenómenos concretos empleando el concepto de retroalimentación. El derecho como fenómeno social depende de otros fenómenos sociales que determinan su existencia y las características fundamentales de sus reformas.

Se niega la relación entre reformas jurídicas y cambio social en aquellas teorías extremistas que presentan este falso dilema: el derecho puede adaptarse a la regularidad conocida del cambio social, o bien puede emplearse para controlar el cambio social. La primera posibilidad conserva la independencia de las regularidades en cuestión ante las actividades humanas, y las hace análogas a las leyes de la naturaleza. La segunda posibilidad significa que el hombre

¹⁶ E.g. Merton, R. K., *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, 1957, p. 4 sq.

¹⁷ Cf. Popper, K. R., *The Poverty of Historicism*, London, 1957, pp. 37-44.

puede cambiar estas regularidades y, por lo tanto, su papel es más activo, pero las regularidades resultan bastante diferentes de las que se encuentran en la naturaleza. Parece existir una gran variedad de regularidades relativas a la dependencia del derecho de los factores sociales cambiantes. Ello significa que la complejidad de los aspectos significativos para el uso operativo de las regularidades relativas a la dependencia social del derecho es muy acentuada, tanto desde el punto de vista de una teoría como de su uso práctico.

8. La dependencia social del derecho puede analizarse en el ámbito de la legislación por medio de normas generales (leyes promulgadas) o de la legislación mediante (derecho operativo). En ambos casos se demuestra una correlación entre cambio del derecho y cambios sociales bajo un análisis histórico y comparativo. Sin embargo, es más fácil describir esta correlación que formular las regularidades en cuestión.

El impacto de las reformas del derecho sobre el cambio social puede ponerse de manifiesto de forma análoga, describiendo correlaciones concretas y el descubrimiento final de las regularidades. El conocimiento de este impacto es uno de los cimientos de todo control social racional a través del derecho.

Existe una diferencia entre las funciones de control por medio del derecho promulgado y del derecho operativo, aunque el postulado de justificación y racionalidad es válido en ambas.¹⁸ Para la legislación mediante normas generales (derecho promulgado), la idea de política racional depende del ámbito que se de a la función de control del derecho. El determinismo radical lo limita a una mera adaptación, mientras que la posibilidad de cambios inducidos por la actividad humana ensancha la gama de opciones para el legislador y para su responsabilidad. El legislador que no tome en cuenta ninguna regularidad refleja la actitud de un voluntarismo radical, y no es racional -si nos basamos en los parámetros de nuestra cultura jurídica.¹⁹

Para la legislación por medio de decisiones (derecho operativo), la idea de una política racional es igualmente válida. No obstante, el ámbito de opción del legislador se restringe si, según las premisas ideológicas, debe tomar en consideración algunas normas generales válidas, ya sea por promulgación o por

¹⁸ Cf. Wróblewski, J., "Justification of legal Decision", *Revue Internationale de philosophie*, 1979, 127-128, pp. 238, 289-293. La decisión jurídica podría ser, no obstante, no sólo racional sino también razonable; cf. Perelman, Ch., *The New Rhetoric and the Humanities*, Dordrecht-Boston-London, 1979, cap. 11.

¹⁹ Cf. Wróblewski, J., "Law and Cognition of Reality", en *Contemporary Conceptions of Law*, Lopatka, A., (editor), Warsaw, 1979, pp. 206-213.

algún precedente que obliga. En el primero de los casos, el derecho operativo se considera como una transformación más o menos creativa de las normas generales en decisiones, mientras que en el segundo, el derecho operativo se crea a sí mismo en las normas de decisión.²⁰

Los cambios del derecho están, pues, relacionados con los cambios sociales y, en términos generales, se dan cuatro tipos de situaciones:

- (A) cambio del derecho y cambio social
- (B) cambio de derecho y no cambio social
- (C) no cambio del derecho y cambio social
- (D) ausencia de ambos.

Trataremos todos estos tipos de situaciones en el supuesto de que existe una "relación causal" entre las dos variables (derecho, sociedad) (situaciones A y B) o que sean independientes en un área determinada (situaciones C y D). La "relación causal" se entiende aquí en una forma un tanto vaga, y cubre todas las relaciones objetivas posibles entre derecho y sociedad (por ejemplo, causal *stricto sensu* funcional, condicional, correlacional, etcétera).

La situación tipo A es paradigmática de las relaciones de interdependencia entre derecho y sociedad. Al tomar en consideración el caso en que los cambios del derecho determinan cambios sociales, debemos señalar las situaciones siguientes:

- (A1) el derecho es efectivo, es decir, se da el cambio social previsto por el legislador;
- (A2) el derecho es efectivo, pero el cambio social conlleva efectos colaterales de legislación, que son inevitables aunque previstos;
- (A3) el derecho no es efectivo, pero genera algunos cambios sociales independientes del propósito del legislador (A1) y de su conocimiento de efectos colaterales previstos (A2).²¹

²⁰ Cf. Wróblewski, J., "Optative Models and Legal System", en Ciampi C., y Martino A. A., (editores) *Computerized Legal Decision. An Interdisciplinary Approach*, Amsterdam, 1982 par. 1-4, 11-12.

²¹ Sobre los tres tipos de consecuencias de la legislación seleccionados en las situaciones A1, A2 y A3, cf. Wróblewski, J., "A model of Rational Law Making", *ARSF*, 1979, 2, pp. 192-194.

Dada la interdependencia entre derecho y sociedad, debemos tomar también en consideración las reformas del derecho provocadas por el cambio social. Tenemos, entonces, la situación siguiente:

- (A4) el cambio social influye en las reformas jurídicas; ello significa sea una incitación al legislador para que promulgue normas con contenido determinado, sea al aparato decisorio (derecho operativo), o ambos.

Las situaciones tipo B se refieren a reformas del derecho con ausencia de cambio social. Señalaremos las siguientes situaciones:

- (B1) reformas del derecho que no causan ninguna consecuencia suficientemente importante para ser calificada de “cambio social”;
- (B2) la ley que persigue el cambio no es efectiva, y el cambio social se describe en relación a los objetivos del legislador; éste es un caso especial de (B1);
- (B3) no se aplica la nueva ley promulgada, es decir, no hay derecho operativo ni influye sobre sus destinatarios.

Al tratar situaciones de tipo B desde el punto de vista del impacto del cambio social en el cambio del derecho, surge la siguiente situación:

- (B4) se reforma una ley para evitar el cambio social, y esta ley es efectiva si mantiene el *statu quo*.

Partiendo de nuestros supuestos, podemos excluir las situaciones de tipo C. Se dan dos casos:

- (C1) el derecho no regula el área de cambio social o, en otras palabras, las dos variables no están relacionadas;
- (C2) el derecho en la situación (B4) no es efectivo.

Cabe señalar teóricamente situaciones de tipo D en periodos de estabilidad del derecho y de la sociedad. Sin embargo, sólo podemos señalarlas cuando definimos “reforma del derecho” y “cambio social” de forma que nos permita

hablar de esta invariabilidad a pesar de la conocida dinámica del derecho y la sociedad.

10. Dando por demostrada la dependencia social del derecho (situación A4), entraré en detalles acerca de la eficacia del derecho al generar el cambio social deseado (situación A1) y evitar el cambio social (situación B4).

Si empleamos el término “objetivo instrumental” para generar un cambio social (situación A1), y “objetivo homeostático”, para evitar el cambio social (situación B4), entonces la relación entre el cambio del derecho y el cambio social puede discutirse en términos de objetivos instrumentales y homeostáticos del derecho. Sostengo como tesis que a efectos de aplicar los objetivos instrumentales, el derecho debe mantener cierto *statu quo*, es decir, debe de aplicar también algunos objetivos homeostáticos.²²

Empleamos aquí el concepto de homeóstasis en un sentido amplio. Un sistema es homeostático si reacciona a los estímulos externos e internos de tal manera que le permita conservar su equilibrio (o existencia) dentro de ciertos límites que determinan el grado de tolerancia de dicho sistema.

Existen tres tipos de homeóstasis considerados objetivos fundamentales del derecho: una homeóstasis biológica de la existencia del hombre en la tierra; una homeóstasis de la coexistencia social del hombre, es decir, de la existencia de la sociedad global en la que el hombre vive; una homeóstasis sociopolítica de una sociedad global organizada políticamente. Estos tres tipos de homeóstasis están estrechamente relacionados. No puede existir homeóstasis sociopolítica sin una homeóstasis de coexistencia social, que sólo es posible si se logra la homeóstasis biológica de la humanidad.

Son tres los sistemas que corresponden a los tres conceptos de homeóstasis: la humanidad, la sociedad global, y el sistema sociopolítico de una sociedad global. Cada sistema se presenta como un conjunto complejo y dinámico de elementos relacionados funcionalmente que reacciona ante estímulos externos e internos. No hay mecanismos naturales que garanticen la existencia del hombre; se necesitan sistemas y dispositivos humanos para preservar la homeóstasis en cuestión.²³ Todo sistema puede considerarse como un sistema social; todo sistema social es cambiante, y el derecho es tratado como un dispositivo para

²² Cf. en detalle Wróblewski, J., “Law as an Instrument of Social Homeostasis”, en *ARSP*, 1981, 1,

²³ Cf. Wiener, N., *Cybernetics and Control and Communications in the Animal and Machine*, New York-Paris, 1957, p. 187.

mantenerlo en un determinado equilibrio, que puede definirse como su existencia o transformarlo de conformidad con los objetivos asumidos.

Al hablar de los objetivos homeostáticos del derecho en el contexto del cambio del derecho, nos encontramos frente a una situación en la que el derecho se emplea para evitar este cambio social, que destruiría a la sociedad. Esta es la situación B4 a la que nos referíamos (punto 9).

12. La homeóstasis de existencia se refiere a la relación entre hombre y naturaleza. Estas relaciones se encontraban en relativo equilibrio hasta nuestros días. Estamos ahora frente a dos retos: el reto de los efectos colaterales de las actividades normales del hombre, y el reto de la potencia destructora de las modernas técnicas de guerra.

El reto de los efectos colaterales de las actividades normales del hombre se debate en el marco de la crisis ecológica y la protección del medio ambiente. Nos enfrentamos a profundos cambios sociales debidos a las técnicas modernas. El segundo reto, más evidente que el primero, es el de la destrucción total de la existencia humana como resultado de una guerra mundial con el empleo de armas nucleares. El valor humanista fundamental es el de la existencia humana, que hace posibles todos los demás valores.²⁴

Se usa el derecho para mantener la existencia biológica del hombre, sobre todo en una dimensión mundial, reglamentando las situaciones por medio de acuerdos internacionales. El derecho se enfrenta a cambios sociales que se manifiestan como dos tipos de retos a los que responde aplicando el objetivo de la homeóstasis biológica.

13. El hombre existe solamente dentro de un grupo social que conforma la sociedad global propiamente dicha. Así, pues, la existencia humana es siempre una coexistencia social con otros.²⁵ Esta coexistencia está determinada por conflictos que separan a las personas y a los grupos dentro de una sociedad global en el contexto de una escasez de medios para satisfacer sus necesidades, y de conflictos entre actitudes interesadas y desinteresadas de los individuos. Todas las formas de sociedad global que han evolucionado históricamente (por ejemplo, la familia, la tribu o el estado) posibilitan la coexistencia social dentro

²⁴ Cf. Wróblewski, J., "Basic axiological problems, humanistic values and legal protection of environment", en *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, 4, pp. 674-683.

²⁵ Cotta, Sergio, *Itinerari esistenziali del diritto*, Napoli, 1972, pp. 60-71, 80-84.

de ellas protegiendo con medios de eficacia práctica los valores fundamentales de esta coexistencia.

El derecho es parte de un sistema sociopolítico que conserva un orden de coexistencia. Sus valores básicos son vida, salud, riqueza y algunas libertades. Y estos valores están eficazmente protegidos por lo que hace a una parte suficientemente amplia de la sociedad en cuestión. El alcance y formas de esta protección son históricamente cambiantes. No obstante, la necesidad de su conservación es característica de todo sistema jurídico. La pertenencia de estos valores es la base para determinar un valor relativo de "legalidad formal" concebida para mantener cierto orden en la coexistencia social.²⁶

14. La existencia humana se presenta siempre como una coexistencia sociopolítica. Todo hombre existe como miembro de varios grupos sociales, entre los que hoy figura como el más importante la sociedad global organizada en un Estado. Los mecanismos que permiten la homeóstasis sociopolítica de una sociedad global organizada en un Estado son bastante complicados. Es evidente, sin embargo, que se emplea el derecho como instrumento para mantener esta homeóstasis conservando las estructuras sociopolíticas y determinando límites a sus reformas jurídicas. Más allá de estos límites se dará una revolución que, de tener éxito, cambiará la estructura sociopolítica y construirá una nueva, legitimizándola por medios ideológicos.

15. Así, pues, la función del derecho como factor de estabilidad social es sumamente importante para su dependencia de varios fenómenos sociales y de su cambio social. La existencia de la humanidad y de la sociedad global organizada en el Estado exige el mantenimiento de cierto grado de estabilidad. Este grado viene definido por la necesidad de la existencia de la sociedad global en cuestión como parte de la humanidad. Esto significa que se garantizan la homeóstasis biológica, la homeóstasis de la coexistencia, y de cierto tipo de homeóstasis sociopolítica.

El derecho se atiene a estos objetivos homeostáticos evitando cambios que destruyan estos tres tipos de existencia humana. Sin embargo, está diferenciada la incapacidad del derecho para aplicar estos objetivos. La incapacidad de aplicar la homeóstasis biológica significaría el fin de la existencia del hombre sobre la tierra. Existimos, porque nunca en la historia vivimos esta experiencia. La incapacidad de aplicar la homeóstasis de coexistencia social de una sociedad

²⁶ Cf. Wróblewski, J., "Problems of legality in Marxist Theory", *ARSP*, 1976, 4, p. 509 y ss.

global determinada se manifiesta por su desaparición como sociedad. Existen experiencias históricas de este tipo debidas a diversos factores, pero no podemos aquí discutir si fue cuando menos parcialmente atribuible a un mal derecho. La incapacidad de aplicar la homeóstasis sociopolítica es bastante frecuente en la historia; significa un cambio revolucionario de una estructura sociopolítica dada, a pesar de que el derecho funcionara en contra de este tipo de cambio social.

16. Los cambios del derecho se usan para estimular el cambio social. Esta es la situación A1 (punto 9), en la que se emplea el derecho para aplicar objetivos instrumentales. Estos consisten en la transformación de una sociedad incitando, canalizando o impidiendo alguna conducta humana que genere cambios sociales.

Históricamente, existe una gran variedad de objetivos instrumentales del derecho, y los estudios comparativos en los sistemas jurídicos que funcionan actualmente demuestran claramente la dependencia de estos objetivos ante la axiología de sistemas jurídicos determinados, que revela la axiología política dominante de las actividades legislativas. No obstante, el legislador no es un inventor sino un representante de la axiología de los grupos gobernantes.

En su forma más pura, los objetivos instrumentales del derecho se hacen patentes en sistemas que asumen explícitamente los objetivos de largo alcance de transformar sociedades globales. Se trata aquí al derecho como el instrumento necesario de estos cambios, especialmente en su dimensión estratégica. La legislación por medio de normas generales se adapta más a esta actividad, que la legislación por medio de decisiones sobre casos particulares.

17. El legislador establece los objetivos instrumentales del derecho según la axiología que acepte. Sin embargo, no es libre en sus decisiones: la axiología que acepta está parcialmente determinada por sus condicionamientos sociopolíticos, morales y culturales y en parte también por sus actitudes epistémicas y evaluatorias individuales.

El legislador establece políticas, y su evaluación de la axiología operativa en la sociedad global en la que actúa está relacionada con su papel en la determinación de metas instrumentales.

Los valores instrumentales del derecho se ponen a prueba determinando el grado en que los objetivos instrumentales del derecho están aplicados por el funcionamiento del derecho. El concepto praxiológico de eficacia del derecho se define como la aplicación de los objetivos instrumentales del legislador. La eficacia del derecho es el resultado de la legislación racional, pero el derecho

no puede lograr todos los objetivos instrumentales, es decir, no todos los cambios sociales pueden ser incitados de manera efectiva por las normas jurídicas.

Existen algunos límites en la eficacia del derecho en relación a los objetivos homeostáticos (punto 5), y también hay algunos límites del derecho como instrumento de cambio social.²⁷ Estos límites son las fronteras que el legislador racional no puede cruzar.

En primer lugar, existe el límite sistémico: el legislador racional no puede usar el derecho para aniquilar la existencia de su sociedad. Racionalmente tampoco puede actuar en contra de la homeóstasis biológica de existencia (punto 12), ni contra la homeóstasis de coexistencia social (punto 13). Queda abierta la cuestión de saber si puede transformar el sistema sociopolítico por medio del derecho, creando un "nuevo sistema" (punto 14).

En segundo lugar, existe una frontera epistémica: la limitación del conocimiento que el legislador tiene a disposición suya. Este conocimiento tiene que ver con relaciones empíricas bastante complejas que son pertinentes para una eficaz reglamentación de la conducta humana a través de las normas jurídicas. El conocimiento, según nuestros supuestos, nunca es completo y, por ello, existe un factor de riesgo (véase situaciones A3, punto 9).

En tercer lugar, existe una frontera praxiológica: la relación entre los costos de lograr las metas del derecho deseadas y el valor adscrito a estas mismas metas. Este es el problema de la "eficacia económica" del derecho: el legislador racional no acepta medios demasiado costosos en relación con el valor de los objetivos que desea aplicar.²⁸

La frontera praxiológica fija, de esta manera, el ámbito en que se emplea al derecho como incitador de cambios sociales. El derecho puede ser usado solamente cuando se justifica praxiológicamente por los criterios de "eficacia económica".

En cuarto lugar, hay una frontera axiológica: si no se acepta la norma general de que el fin justifica los medios, entonces, los medios jurídicos deberían clasificarse no desde el punto de vista de su eficacia sino del de la axiología general aceptada por el legislador.

²⁷ Cf. Pennock, J.R. y Chapman, J.W., (coordinadores) *The Limits of Law*, New York, Nomos XV, 1974.

²⁸ Cf. por ejemplo Posner, R. A. "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review*, 1975, vol. 53, y literatura citada.

La frontera axiológica determina, pues, el ámbito de un uso de las normas jurídicas como medio para lograr objetivos instrumentales, porque no todas las normas pueden usarse a espaldas de sus valores instrumentales conocidos.

19. El bosquejo de las relaciones entre reforma del derecho y cambio social se ha basado en el supuesto de que se entiende el derecho como un todo que comprende derecho promulgado y derecho operativo (punto 1). Este es un supuesto simplificador al que hemos recurrido para presentar cuestiones fundamentales sin entrar en detalles propios de los sistemas de derecho estatutario y consuetudinario. Quisiera hacer ahora algunas consideraciones acerca de los problemas propios de los sistemas de derecho estatutario actuales y su operación.

Demos por sentado, sin demostrarlo aquí,²⁹ que en los sistemas de derecho estatutario existe *de facto* un derecho operativo: las decisiones de las cortes supremas influyen en el proceso decisorio de los tribunales inferiores. Esta influencia se manifiesta sea por referencia a estas decisiones sea como fenómeno meramente latente. En los sistemas de derecho estatutario podemos hablar de derecho promulgado y de derecho operativo. Las relaciones entre ambos son teóricamente bastante polémicas, y no son neutrales desde el punto de vista de una ideología de la aplicación del derecho.³⁰ Sin embargo, podemos suponer que en las teorías contemporáneas preferentes a los sistemas de derecho estatutario, existe un amplio consenso en cuanto a que las decisiones del derecho operativo, por norma general, no están estrictamente determinadas por el derecho promulgado. Se puede entonces formular la pregunta relativa a la relación entre el cambio en el derecho operativo y cambio social independientemente de que formulemos la misma pregunta para el caso del derecho promulgado.

Tomando esto en consideración, cabe distinguir entre las situaciones que habíamos señalado acerca de la relación entre cambio del derecho y cambio social (punto 9), con referencia al derecho promulgado y al derecho operativo. Existen teóricamente dos posibilidades extremas: o bien el derecho operativo se efectúa según el derecho promulgado, o bien se efectúa *praeter* o *contra legem*. La práctica del derecho operativo suele encontrarse entre estos dos extremos.

²⁹ Wróblewski, J., "The Concept and Function of Precedent in Statute Law Systems", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 1974, VII, reeditado en Wróblewski, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1979, 140 y ss.

³⁰ Wróblewski, J., "Ideología de la aplicación judicial del derecho" en *Crítica Jurídica*, México, UNAM, 1992, número 10, pp. 19 y ss.

Por lo tanto, pueden analizarse todas las relaciones entre reforma del derecho promulgado, del operativo y los cambios sociales, pero rebasaría el ámbito del presente ensayo. Por ello, me referiré solamente a aquellas situaciones en que no hay cambio del derecho promulgado, mientras sí hay cambio en el derecho operativo. Llamémosle un “cambio relativo del derecho”.

20. El cambio relativo del derecho, en una situación de interdependencia entre el derecho y cambio social puede, en ciertos aspectos, modificar los efectos del derecho promulgado, siempre y cuando el derecho operativo posea suficiente importancia para poder hablar de cambio social. Tenemos entonces un caso singular de reforma relativa del derecho que combina las situaciones de tipo A y C, que describiremos como sigue:

- (D) Derecho promulgado sin cambio, con cambio del derecho operativo y cambio social.

El ejemplo clásico de una situación de tipo D es cuando la “letra del derecho” no varía —pero las decisiones de derecho operativo cambian y tienen un impacto sobre importantes fenómenos sociales.

La situación opuesta dentro de esta situación de tipo D se da cuando el cambio social influye sólo sobre el derecho operativo dejando intacto el derecho promulgado. Por lo general el derecho promulgado no refleja inmediatamente el cambio social y, por lo tanto, hay un lapso entre ambos, si es que este derecho es cambiado. El derecho operativo suele ser más flexible y adaptable a los cambios sociales.

Esta reforma relativa explica el conocido fenómeno de una relativa continuidad de la “letra del derecho”, es decir, del derecho promulgado.³¹ El derecho operativo no reformado salvaguarda, en algunos casos, la eufuncionalidad del derecho preservando cierta seguridad del primero y permitiendo la necesaria elasticidad del último.³²

Existen, sin embargo, algunos límites del cambio relativo del derecho, determinados por la relación entre derecho promulgado y derecho operativo aceptada por el sistema de derecho estatutario y la ideología de la aplicación del

³¹ Hay otro tipo de continuidad basada en los objetivos homeostáticos del derecho, los cuales no abordo en el presente ensayo, cf. Wróblewski, J., *op. cit. supra* nota 19, parte III.

³² Cf. Wróblewski, J., “Functions of law and legal Certainty”, en *Anuario de filosofía del derecho*, XVII, 1973-1974.

derecho. La axiología subyacente a la diferencia, si es que existe, entre normas generales y legislación por medio de decisiones determina la cuestión: la reticencia a llamar a esta “legislación”, y la preferencia por el término “aplicación del derecho” son sumamente sintomáticas.³³

21. El presente ensayo trata del cambio del derecho y el cambio social en la dimensión de la investigación metateórica. Esta es la justificación de su carácter relativamente abstracto. Mi propósito era esbozar algunos instrumentos conceptuales que pueden usarse en la teoría jurídica y sociología del derecho basados en estudios históricos y comparativos.

³³ Cf. Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, parte III, cap. 3; Wróblewski, J., “Déciution judiciaire: l’application ou la création du droit”, *Scientia*, vol. CIII, n. DCLXXIX-DCLXXX; *Idem*, *Sadowe stosowanie prawa* (Judicial Application of Law), Warszawa, 1972, cap. XI, XII.