

CAPÍTULO I

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

1. El cambio y las diversas escuelas sociológicas 37
2. El derecho como reflejo de la realidad social 41
3. El derecho como obstáculo del cambio social 43
4. El derecho como instrumento promotor del cambio social . . . 47

CAPÍTULO I
DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

¿Por qué los gobiernos no son más aptos para anticipar y proveer las reformas?, ¿por qué no compartir su sabiduría con las minorías?, ¿por qué no entusiasmar a sus ciudadanías para que les señalen sus faltas y puedan hacer mejor sus tareas?, ¿por qué siempre crucifican a Cristo y excomulgan a Copérnico y a Lutero y declaran a Washington y a Franklin rebeldes?

Henry David THOREAU

Los instrumentos legislativos son órganos activos que efectúan reformas sociales, en parte como respuestas a necesidades sociales sentidas y en parte estimulándolas.

BENTHAM

El derecho está para eso, para que se realice. La realización es la vida y la verdad misma del derecho, es el derecho mismo. Lo que no pasa en la realidad, lo que está simplemente en la ley, en el papel, es solamente un derecho aparente, palabras vacías y por el contrario, lo que se realiza es derecho y aunque no se encuentre en la ley y el pueblo y la ciencia no se hayan dado cuenta de ello.

IHERING

El fenómeno jurídico es extremadamente complejo por su estructura antinómica: en efecto, en él se encuentran autonomía y heteronomía, elementos ideales y elementos reales, estabilidad e inestabilidad, orden y creación, construcción y convicción, necesidades sociales e ideales sociales, experiencia e interpretación y en fin, ideas lógicas y valores morales.

GURVITCH

El orden del lenguaje (jurídico) nos revela ya la existencia de una conexión necesaria, con necesidad real, entre el ser y el deber ser, la normalidad y la normatividad, conexión que entraña importancia suprema para el problema del derecho.

Herman HELLER

1. EL CAMBIO Y LAS DIVERSAS ESCUELAS SOCIOLOGICAS

EL CAMBIO SOCIAL ha sido y es, sin lugar a dudas, tema central de la sociología, de la ciencia política y de la psicología social; su origen y sus diversos tipos son abordados por los distintos teóricos que a su vez aportan interesantes opiniones y enfoques con el fin de entenderlo cabalmente. Aunque la bibliografía es amplia, los tratadistas casi no se detienen en definiciones; parten de algo que debe ser para todos un concepto claro, y se dedican al análisis de sus orígenes y los distintos tipos. Recientemente los estructuralistas han insistido en dar una definición que, en principio, parece acertada; ellos hacen hincapié en que todo cambio se refleja en la estructura social; de ahí parten para elaborar una serie de criterios que sirven para medir la intensidad del cambio. Algunos estiman que el cambio más importante es el que se da en el terreno de la axiología, es decir, de los valores que en un momento rigen y se señalan como de mayor jerarquía en una sociedad y en una situación determinada. Otros miden la intensidad del cambio por los aspectos económicos, dándole prioridad a los factores que reflejan la distribución del ingreso y el producto nacional bruto. Por su parte los sociólogos efectúan diversas clasificaciones de los cambios; así, se habla desde los cambios institucionales hasta los cambios en el elenco, esto es, los cambios que pueden ocurrir en las personas que ocupan los puestos de mando de un sistema social.

En todas las teorías llamadas clásicas se aborda, de una u otra manera, el tema, sus fuentes y sus tipos. Herbert Spencer vio el desarrollo de la sociedad como un proceso evolutivo. Augusto Comte consideraba a la sociedad como un proceso de evolución y progreso. Para Oswald Spengler la existencia humana es una serie interminable de vaivenes. Arnold Tonybee sostiene que una civilización nace de una respuesta victoriosa a un reto, y atribuye la capacidad de concebir esas respuestas a las "minorías creadoras". Carlos Marx sostiene que el avance hacia la sociedad sin clases se realiza mediante conflictos dialécticos en los que una clase subordinada derriba a su clase gobernante; señala con especial énfasis a la violencia como la gran partera de los cambios. Max Weber le da relevancia especial al líder carismático que, cuando se agota la legitimidad de una vieja estructura, aparece y le da el golpe de gracia.

Dentro de las teorías modernas Talcott Parsons relaciona los cambios con el equilibrio, no tan sólo para resquebrajarlo sino en algunos casos para consolidarlo. Francesa Cancian los relaciona directamente con la estabilidad del sistema y resalta la necesidad del mismo de conservarla. C. Wright Mills asigna un papel considerable a los factores políticos, desde luego sin menospreciar los factores de clase, reflejando así sus influencias marxistas. David McLelland y Everett E. Hagen expresan que la principal fuerza que impulsa a las sociedades no descansa en los factores ambientales, ni en los conflictos sociales, ni en las ideas, sino en los individuos que están fuertemente movidos por el afán de alcanzar ciertos logros.

El caso es que hasta los refranes populares señalan las diversas tendencias. En Roma se decía: "Los tiempos cambian y nosotros cambiamos con ellos", y en Francia se afirma que: "Cuando más se cambia, más igual se permanece".

Éste ha sido un repaso muy superficial e incompleto pero ofrece una idea de la extensión del tema y de la gran cantidad de aspectos implicados; sin embargo, para poder entrar después en el terreno de lo jurídico, deberán quedar contestadas dos interrogantes:

1. ¿Pueden los hombres hacer su propia historia, o sólo son llevados por la historia como se va encima de una ola?
2. ¿Puede un sistema político, sin desestabilizarse, realizar cambios a sus estructuras?

La respuesta a la primera cuestión es que definitivamente el hombre es autor de su historia. No se trata de desentenderse de las corrientes deterministas, pero aceptar que el hombre simplemente es arrastrado por fuerzas incontrolables sería negarle todo albedrío, capacidad y raciocinio. Las teorías reseñadas creen que las fuerzas de la historia se originan dentro de la sociedad humana, en su estructura económica y en su cultura; aunque en diferente grado, ninguna niega la libertad del hombre. Curiosamente las teorías modernas, a diferencia de las clásicas, conceden mayor capacidad de impulso a los órganos de poder, a la cultura y a la actitud de la sociedad en su conjunto, para generar el cambio, estructurarlo y llevarlo a sus últimas consecuencias. Puesto que el tema tiene una gran amplitud, baste reafirmar la capacidad del hombre para decidir su futuro e influir con su voluntad en los procesos históricos, ya sea que se halle ante un espectro amplio de alternativas o ante uno estrecho.

Con relación a la segunda interrogante la respuesta es sí, si pueden darse los cambios en la estabilidad y el orden.

La revolución no es de ninguna manera el único método para efectuar

un cambio social básico, aunque su carácter dramático atrae mucho, inevitablemente, la atención. Otros cambios de gran alcance se hacen poco a poco, cuando el gobierno y/o las clases gobernantes, temerosas de las presiones cada vez mayores y sensibles a las necesidades de diversos grupos sociales, salen a su encuentro. Primero Bismark declaró fuera de la ley a los social-demócratas, pero después en realidad, introdujo en su legislación gran parte del programa de aquéllos. Disraeli, el primer Ministro conservador de la Gran Bretaña, en su competencia con los Whigs liberales por los votos de la clase baja, inició mucha legislación social. La famosa Revolución Industrial no fue en absoluto una revolución, sino más bien un proceso gradual de cambio que duró dos generaciones (aproximadamente de 1760 a 1830). En este período, Inglaterra pasó de sociedad tradicional y agraria a una sociedad moderna e industrial, sin ningún estallido importante de violencia ni derribamiento de los gobiernos, no obstante la considerable desorganización. En suma, la reforma es un modo importante de reaccionar a las necesidades sociales agudas y a la desorganización social. Sólo cuando las clases gobernantes o el gobierno no ajustan suficientemente la estructura social a las necesidades y demandas crecientes, la enajenación y la desorganización social se acumulan en tal grado, que se acumula un potencial revolucionario. Cuando es grande la velocidad del reajuste social necesario —debido por ejemplo a la rápida sucesión de cambios en el medio social— es probable que sean pocos los gobiernos que respondan con reformas adecuadas.¹

De lo anterior se desprende que un sistema necesita permanentemente de cambios que lo actualicen, de lo contrario dicho sistema se petrifica y su resquebrajamiento se vuelve inminente. “La cresta de la curva se deprime con la estabilización de una sociedad moderna en la que es rutina por lo menos algún cambio”.² Para que un sistema político pueda preservarse es necesario que puedan realizarse cambios en la estabilidad; para reforzar esta posición acudimos a Gino Germani, quien clasifica los cambios en dos clases: “el cambio anómico y el cambio integrado”. “El concepto de anomia es bien conocido y puede ser sencillamente definido por su significado literal como ausencia de normas [. . .] Cambio integrado es aquel que se halla previsto dentro del sistema normativo, y para el cual los individuos han incorporado normas, valores, actitudes que los guían a ajustarse al cambio mismo”.³ Germani precisa cuáles son los límites para hacer el cambio integrado y cuándo surge la anomia:

¹ Etzioni, Amitai y Eva, *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*, p. 360.

² *Ibid.*, p. 539.

³ Johnson, H. M. *et al.*, *El cambio social*, p. 144.

La primera causa de la revolución podría ser llamada "excitación" si se trata de una insatisfacción lo suficientemente general como para crear, no simplemente un cierto grado de desesperación subjetiva sino un deseo generalizado y contagioso de acción. Tal "excitación" provino en la revolución norteamericana, la revolución francesa y la revolución rusa de cosas tales como ideales de nacionalidad; impuestos; altos honorarios por servicios prestados o no prestados; exclusión de ciertos tipos de prestigio o de ciertos tipos de cargos; mal gobierno; malos caminos; restricciones comerciales; corrupción; derrota militar o diplomática; hambre; precios elevados; salarios bajos y desempleo.⁴

Las posibilidades de resquebrajamiento o conservación de un sistema han sido estudiados con profundidad por los estructuralistas y funcionalistas norteamericanos.⁵ A partir de la Segunda Guerra Mundial ha surgido una profunda desconfianza en la violencia, que caracteriza fundamentalmente a la revolución como promotora eficaz de cambios. Raymond G. Gettel dice:

Es curioso notar que cuando una teoría revolucionaria ha sido generalmente aceptada y ha triunfado en la realidad, tiende a convertirse en conservadora, haciendo determinadas concesiones a las necesidades de la práctica y esforzándose en sostener cuanto ha cumplido, preservándose de un cambio futuro.⁶

Muchos autores se han preocupado por analizar este proceso de conservadurismo que ha caracterizado a los movimientos revolucionarios; este proceso comienza desde el momento en que se ha resquebrajado el sistema anterior y los nuevos dirigentes toman el poder, y se encaminan a cumplir con los ideales pregonados. Prácticamente desde Carlos Marx, con su análisis del *Dieciocho Brumario*, hasta el sociólogo norteamericano Irving Louis Horowitz han abordado el tema; este último hace un detallado análisis de las etapas del proceso revolucionario. Por otra parte, se confirma cada vez más la posibilidad del cambio en la estabilidad política; en este caso el derecho es un principalísimo e importante instrumento para llevar a cabo el cambio. Eduardo Andrade Sánchez, en su libro *Introducción a la ciencia política*, pone como ejemplo el caso de España; sin lugar a dudas lo que ha acontecido en este país confirma lo que

⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁵ Véase Deutsch, Karl W., *Los nervios del gobierno*. Young, Oran R., *Sistemas de ciencia política* y Moodie, Graeme C. y Gerald Studdert-Kennedy, *Opiniones, públicos y grupos de presión*, entre otros.

⁶ Gettel, Raymond G., *Historia de las ideas políticas*, p. 47.

aquí se ha venido sosteniendo. La instauración de un parlamento, la promulgación de una constitución que amplía y reconoce los derechos de los españoles, la legalización de los partidos políticos y la presencia hoy en día del líder del Partido Socialista Obrero Español en la jefatura del gobierno, es algo que rebasa los pronósticos y la capacidad de sorpresa del más optimista de los españoles que hubiera sido interrogado sobre el futuro de España a la muerte de Franco.

Precisamente en Europa occidental es donde se ha vigorizado la aceptación de la posibilidad del cambio dentro del orden. Al acatar el juego electoral el eurocomunismo está rechazando el camino de la violencia aprovechando la "jurisprudencia de la insurgencia", como la llama Michel E. Tigar y Madeleine R. Levy en su libro *El derecho y el ascenso del capitalismo*, para implantar cambios, como en su oportunidad lo hizo la burguesía. Si se analiza al régimen soviético, con su revolución y más de seis décadas edificando el socialismo, y se lo compara con el sistema español, con sólo ocho años de vida desde la muerte de Franco pero con una política de cambio en la estabilidad por vía del derecho, se tendrá que llegar a la conclusión de que son notables los avances registrados en el país ibérico; tal comparación confirma lo expuesto aquí, esto es, los cambios sí se pueden llevar a cabo sin la violencia y en forma institucionalizada. Visto lo cual, se impone precisar qué papel juega el derecho en la promoción de los cambios; si únicamente es reflejo de lo que acontece en la realidad, si es un obstáculo que frena el cambio, o si, por el contrario, puede estimular cambios e implantarlos hasta sus últimas consecuencias y resultados.

2. EL DERECHO COMO REFLEJO DE LA REALIDAD SOCIAL

Diversas escuelas del pensamiento jurídico han sostenido con vehemencia que el derecho es simple reflejo de la realidad social, que carece de la capacidad de ser promotor de cambios. Tal vez el más destacado jurista en este orden de ideas sea Savigny, encarnizado adversario de las tendencias racionalizadoras y legisladoras que fueron estimuladas por la Revolución francesa; él considera que el derecho se encuentra, no se hace.

Sólo cuando la costumbre popular articulada en parte por los jurisprudencistas, se ha desarrollado plenamente puede y debe entrar en acción el cuerpo legislativo. Savigny condenaba en particular la tendencia a la codificación del derecho inaugurada por los códigos napoleónicos y rápidamente propagada por el mundo civilizado.⁷

⁷ Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, p. 21.

Habla del “derecho vivo del pueblo”, y considera “que el derecho es un producto de fuerzas internas que operan sigilosamente”;⁸ agrega que “el derecho como el idioma es producto no de una voluntad arbitraria, sino de un crecimiento lento, gradual y orgánico”.⁹ El derecho, como la cultura, es “emanación de las fuerzas inconscientes anónimas, graduales e irracionales de la vida individual de una nación”.¹⁰ El jurista soviético Puchta se manifiesta como partidario de una idea semejante cuando afirma:

La génesis o desarrollo del derecho, partiendo del espíritu del pueblo, es un proceso invisible. ¿Quién sería capaz de emprender la tarea de seguir los caminos por medio de los cuales surge en un pueblo la convicción, cómo germina, crece, prospera y se desarrolla? Lo que vemos es sólo el producto —el derecho— tal como ha surgido del oscuro laboratorio en el que ha sido preparado y le ha dado realidad.¹¹

Por otra parte Herman Kantorowicz, creador y máximo exponente del movimiento del derecho libre considera, resumiendo su teoría, que:

el movimiento de derecho libre tiende con todas sus fuerzas hacia la meta más alta de toda juridicidad: la justicia. Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del derecho libre hace posible de dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y los dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay sabiduría, existe también justicia.¹²

Según W. Friedmann, en su libro *El derecho en una sociedad en transformación*:

La teoría de Savigny es hoy un tema histórico excesivamente fuera de tono con las condiciones fundamentales de la sociedad moderna para que constituya un motivo serio de discusión. Pero la teoría más sutil y realista que expuso un siglo después el jurista austriaco Eugen

⁸ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, p. 272.

⁹ *Ibid.*, p. 273.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibid.*, pp. 272-274.

¹² Recaséns Siches, Luis, *Panorama del derecho en el siglo XX*, pp. 104-105.

Ehrlich es un punto de partida adecuado para las reflexiones que presentamos en este capítulo.¹³

Ehrlich coincide con Savigny al dar importancia al “derecho vivo del pueblo”, el cual está basado en la conducta social y no en la norma coercitiva del Estado; concede al derecho cierta influencia en la realidad, pero sólo en lo que respecta a los fines del Estado, a saber: la organización militar, la tributación y la administración policiaca; sostiene que, “hoy como siempre, el centro de gravedad del desarrollo jurídico, no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial sino en la sociedad misma”.¹⁴

Sucede, empero, que la vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas generales: los intereses en la realidad presentan multitud de matices diferenciales entre sí, en número tan grande y en variaciones tales, que ninguna norma jurídica ni ningún conjunto de normas jurídicas podrían nunca expresar.¹⁵

Por su parte Gurvitch “distigue entre el derecho organizado, el cual es el que ha sido fijado de antemano —leyes, reglamentos, estatutos prácticos de los tribunales— y suele ser relativamente inmóvil y rígido, y el derecho vivo, el espontáneo, el flexible y el inventivo”.¹⁶

3. EL DERECHO COMO OBSTÁCULO DEL CAMBIO SOCIAL

Otras escuelas del pensamiento jurídico van más allá de lo expresado en el apartado anterior y no sólo niegan al derecho la capacidad de ser un eficiente instrumento en la promoción de cambios sino que lo señalan como un obstáculo. Fundamentalmente éste es el caso de los juristas marxistas, quienes hacen sus propias conclusiones partiendo del siguiente postulado del ilustre filósofo:

las relaciones jurídicas, así como las formas estatales, no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni explicadas por el llamado progreso general de la mente humana, sino que tiene sus raíces en las condiciones materiales de vida [...] con el cambio de fundamentos eco-

¹³ Friedmann, W. *op. cit.*, p. 21.

¹⁴ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, p. 105.

¹⁶ Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, p. 567.

nómicos se transforma más o menos rápidamente toda la inmensa estructura.¹⁷

De aquí parte Paschukanis para decir: “El derecho sobre todo en su forma más desarrollada es un producto típico de la economía y cultura burguesa”.¹⁸

El derecho presupone intereses contrapuestos que requieren un acuerdo pacífico. En una sociedad colectivista, donde habrá una unidad de propósito social y una armonía de intereses, el derecho dejará de ser necesario, será reemplazado por normas técnicas sociales basadas en la utilidad y conveniencias económicas.¹⁹

Otro jurista soviético, P. Yudin, afirma: “El derecho no es una fuerza innovadora, sino más bien un factor estabilizante del factor social”.²⁰

En 1975 un jurista chileno, E. Novoa Monreal, escribió un libro denominado *El derecho como obstáculo al cambio social*, cuyas principales tesis son:

No hay un derecho despegado de la concepción política y económica concreta que vive una sociedad. El derecho debe ajustarse al “proyecto concreto de vida social” que anima a cada sociedad determinada en un momento histórico dado. El mal actual es que esto no se ha cumplido, por lo que nos encontramos en presencia de un derecho obsoleto que el conservantismo de los juristas es incapaz de advertir y mucho menos, de remover.²¹

En su libro, Novoa Monreal analiza el espíritu liberal individualista de la legislación latinoamericana y lo considera influido por el *Code Civil*, que responde a su vez a la ideología política de la Revolución francesa

y sirve para sancionar el triunfo de la burguesía sobre los privilegios feudales, sobre la base de afirmar los principios de igualdad personal, de respeto de un derecho de propiedad privada tenido por sagrado e inviolable, de libertad de contratación y amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y del derecho de herencia.²²

¹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 47.

¹⁸ Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, p. 1088.

¹⁹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 255.

²⁰ Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, p. 1092.

²¹ Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo del cambio social*, p. 14.

²² *Ibid.*, p. 18.

Novoa Monreal considera que la influencia del *Code*, más el razonamiento del derecho romano y el ideal cristiano, "ha permitido el nacimiento y desarrollo del capitalismo moderno, en forma que todo nuestro derecho está actualmente impregnado del espíritu capitalista, pues ha aceptado y alentado la producción con miras a la ganancia".²³ Califica al hombre de leyes como un ser eminentemente conservador, para lo cual se basa en afirmaciones de juristas como Bodenheimer, quien escribe que "el derecho por su propia naturaleza es una fuerza estática, con tendencia al estancamiento y de índole conservadora";²⁴ también menciona a Vinogradof y Ripert para respaldar su calificación del derecho. Señala una serie de avances desde la técnica hasta el intervencionismo de estado y la planeación, que no han sido considerados en el derecho vigente. Critica a Ripert, quien considera que "sin negar la necesidad de reformas no hay que creer en una evolución fatal del derecho. Debe preverse el peligro de romper con la tradición y destruir derechos respetables".²⁵ Ataca las deficiencias de una técnica legislativa obsoleta y señala que en ciertos casos se ha idealizado la norma, y opina que en otros casos la promulgación de leyes puede también ser "impulsada por afanes populistas de un gobierno que se siente débil y que espera obtener el apoyo de grupos numerosos o políticamente fuertes".²⁶

Novoa Monreal menciona cuáles deben ser las características de

un sistema moderno de normatividad social, concebido con audacia e imaginación, que implicaría una reformulación de todas las reglas socialmente obligatorias para alcanzar como metas mínimas, las siguientes: 1. Sistema legal nuevo, que exprese adecuadamente las necesidades sociales del momento; 2. integración de todos sus preceptos en un ordenamiento sistemático único, bien articulado y coherente; 3. flexibilidad de sus preceptos para que puedan irse poniendo a tono con nuevas necesidades sociales tan pronto como éstas se vayan presentando; 4. estar compuesto por un número reducido de preceptos, claros, ordenados y precisos.²⁷

Señala después los límites del derecho y niega que el legislador lo pueda todo; observa que la misma naturaleza lo circunscribe y que el derecho está excedido por lo espiritual, la generalidad de la ley y por algo muy importante: el respeto a la dignidad humana, y a los derechos

²³ *Ibid.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p. 24.

²⁵ *Ibid.*, p. 45.

²⁶ *Ibid.*, p. 50.

²⁷ *Ibid.*, p. 54.

fundamentales del hombre. Considera que son resabios individualistas del derecho desde la propiedad privada, a la que ataca como fuente de poder por las pocas limitaciones que se le imponen en el derecho moderno, hasta el principio de la libertad de contratación y autonomía de la voluntad, al que señala —siguiendo a Friedmann— como el “símbolo jurídico por excelencia de la sociedad capitalista”.²⁸ También la no retroactividad de la ley y la seguridad y certezas jurídicas son los mecanismos políticos para impedir el cambio del derecho. Al analizar las perspectivas del derecho moderno, Novoa Monreal señala las nuevas funciones del Estado y, siguiendo a Latorre, le da un nuevo giro al concepto tradicional de seguridad. Para él, la seguridad moderna se convierte en: “La seguridad contra la miseria, contra la enfermedad, el desempleo, la vejez, etc., es decir, todo lo que hoy se denomina, la seguridad social”.²⁹ Para terminar con este autor diremos que trata el proyecto concreto de vida social, la interpretación de la ley y la revolución, analizando a grandes rasgos al derecho mexicano a través de su Constitución y de algunos códigos, y concluye con un apartado muy interesante, denominado “El jurista y la revolución”. Termina con las siguientes palabras:

la norma jurídica no puede determinar por sí misma una transformación profunda de la sociedad. El derecho, ni como doctrina ni como legislación, tiene aptitud alguna para determinar una revolución. Esto parece evidente.

Pero precisaríamos, al mismo tiempo, que la elaboración antes expuesta tiene utilidad en varios aspectos importantes. Ella muestra la insuficiencia del derecho actual, muy distante de esa perfección que tan interesadamente se le atribuye; exhibe el mito de instituciones y conceptos que andan dentro de él, y ayuda a pensar en líneas generales que podrían caracterizar un derecho apropiado para una nueva sociedad, mejor organizada. Pero simultáneamente, puesto que la transformación profunda de un sistema socioeconómico requiere de condiciones objetivas que no en todos los países se dan, permite avizorar lo que realmente pueden ser reformas jurídicas efectivas que hagan menos dura la espera y que familiaricen al jurista con las instituciones que el porvenir muy probablemente instaurará en lo normativo. En fin, ella orienta el pensamiento jurídico a los puntos claves para superar la crisis del Derecho actual.

En esto quisiéramos ser claros: el jurista que quiera hacer la revolución no tiene sino un camino directo: Contribuir a que se abran paso en la sociedad, la idea y la acción revolucionaria. En ella obrará no como jurista sino como revolucionario. Cuando la revolución esté

²⁸ *Ibid.*, p. 149.

²⁹ *Ibid.*, p. 165.

ya producida como fenómeno social, irá surgiendo como producto de la nueva sociedad y no como causa de ello, un nuevo derecho con características revolucionarias, cuya elaboración técnica el jurista debe concurrir. Solamente en esta segunda etapa habrá la posibilidad de una colaboración del jurista revolucionario como tal jurista.³⁰

Algunas objeciones a este autor se mencionarán en el apartado siguiente.

4. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO PROMOTOR DEL CAMBIO SOCIAL

En la actualidad prácticamente nadie niega la posibilidad que tiene un sistema de implantar y llevar hasta sus últimas consecuencias los cambios que se requieran sin perder por ello la estabilidad; este proceso dependerá, desde luego, del grado de legitimidad del sistema en cuestión y de las instituciones encargadas específicamente de él. Se impone precisar ahora si el derecho es un instrumento eficaz de la promoción y ejecución de cambios. Primero habrá que refutar las teorías que ven al derecho como simple reflejo de la realidad social y, posteriormente, a las que lo califican como un obstáculo del cambio.

La teoría de Savigny no se elaboró precisamente sobre bases lógicas sino sobre un sentimiento conservador. Al valorar la escuela histórica no debe olvidarse que Savigny era noble y conservador que detestaba el racionalismo igualitario de la Revolución francesa. Era, además, un nacionalista alemán adversario del cosmopolitismo implícito en la doctrina de la revolución; se oponía al Código de Napoleón y trataba de evitar la promulgación de códigos similares en Alemania. Este hecho explica su enemistad con la legislación y la importancia que atribuía a las fuerzas silenciosas, anónimas e inconscientes, a las que veía como los verdaderos elementos del desarrollo jurídico y con los que no debía interferir ningún legislador.

En lo que respecta al pensamiento jurídico marxista hay un viraje que Engels reconoce al señalar la interrelación y la mutua influencia que existen entre los cambios de la estructura y los de la infraestructura, y al describir la superestructura menciona en primerísimo término a la ciencia jurídica. En contra de lo que opina Gumpowicz y los juristas marxistas, debe aclararse que la idea de que el derecho es la expresión del egoísmo de la clase dominante es una explicación muy pobre del fenómeno jurídico. Los marxistas no se dan cuenta que el derecho tiene una función permanente en la vida humana social; es la respuesta a muchas necesi-

³⁰ *Ibid.*, p. 191.

dades, así como también organiza, limita y legitima el poder político. Plantear que el derecho va a desaparecer en el Estado comunista es algo utópico. Aunque eventualmente pudiera producirse una situación de anarquía en la que desapareciera el estado de derecho, tal situación debe considerarse transitoria y efímera.

Kelsen hace una dura crítica a la posición marxista cuando señala que:

la tentativa por desarrollar una teoría del derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad de Marx ha fracasado por completo. La razón de este fracaso se debe en primer lugar a la tendencia a sustituir (en vez de agregar) una interpretación normativa del derecho por un análisis estructural de un sistema específico de normas, una investigación sociológica sobre las condiciones en las cuales se da y se hace efectivo un sistema normativo.³¹

Sin embargo hay una gran aportación marxista a a filosofía del derecho: señala la importancia que debe darse a los hechos.³²

En el apartado 3 de este capítulo se ha mencionado, a grandes rasgos, la posición de Novoa Monreal respecto del papel del derecho en el cambio social; en ese lugar, este autor opina que el derecho no puede ser promotor de ningún cambio. Las objeciones a su punto de vista pertenecen más bien a este apartado, por eso hemos esperado hasta este momento para darlas:

a) A pesar del título de su libro *El derecho como obstáculo del cambio social*, en su contenido critica un derecho obsoleto; hay que aclarar que no le niega al derecho su cualidad de cambio, al contrario, indica que el jurista debe permanecer atento a la realidad social para transformarla mediante leyes que posean las características que la modernidad impone y que él señala con precisión. En el mismo título del libro se percibe la contradicción; si se ve al derecho como obstáculo del cambio social,

³¹ Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, p. 145.

³² Esto es claro si revisamos algunos de los textos de Marx siguiendo a Umberto Cerroni. Según él hay dos conclusiones cardinales en Marx: 1. "Que la anatomía de la sociedad hay que buscarla en la economía política como ciencia de las relaciones materiales determinadas entre los hombres; 2. Que el mundo de las ideas y de los valores que integra el plano más elevado de la humanidad se da como función del plano más bajo o material" (*op. cit.*, p. 202). "Toda forma de producción genera sus propias relaciones jurídicas y correlativamente que no existe una historia autónoma del derecho" (*ibid.*, p. 96). Todo lo anterior permite ver a la economía en cualquier elaboración normativa, "examinar la norma jurídica no sólo en su estructura interna, sino también en su congruencia externa con la sociedad moderna, esto es, tomar como objeto de estudio la norma y la sociedad moderna y, más aún, tanto la hipotecidad y funcionalidad de la norma, como la ordenabilidad y objetividad de la sociedad" (*ibid.*, p. 88).

se está reconociendo que ese obstáculo desaparece cuando el derecho cambia y se actualiza de acuerdo con las demandas sociales, y que entonces, puede funcionar como promotor del cambio.

b) En cuanto a la afirmación de que el derecho es un "elemento conservador", es necesario aclarar que todos los sistemas tienen defensas que los mantienen, y procedimientos que los hacen cambiar. El derecho es instrumento de cambio dentro del orden y la estabilidad. Tiene limitaciones que el autor de este trabajo reconoce, puesto que el derecho se da en una realidad social concreta con la cual mantiene una interdependencia.

c) Ataca una serie de disposiciones del derecho mexicano vigente que se originan en el liberalismo y que son sostén de nuestro sistema. Es natural que dicho sistema deduzca un derecho individualista, con los consecuentes principios de la tradición jurídica occidental; en un régimen socialista encontraría un derecho *ad hoc*.

d) Novoa Monreal da por sentado el carácter instrumental del derecho argumentando que la organización política es la que determina sus fines. Sin embargo cae en una contradicción cuando se refiere a las limitaciones del derecho y del legislador porque señala como tales a los derechos del hombre y a la dignidad de la persona. Si éstas son limitaciones de todo derecho, como se concluye de su afirmación de que todo ordenamiento jurídico debe incorporar y respetar, está señalando implícitamente un fin del derecho: proteger la persona en una esfera de atributos que todo Estado debe reconocer.

e) Sin aludir a la circunstancia especial del Estado chileno en el golpe de Estado de 1973, en el trasfondo del libro siempre está presente esa vivencia que el jurista Novoa Monreal experimentó en forma muy cercana dado su trabajo como asesor jurídico del gobierno del presidente Salvador Allende. Sin embargo, lo sucedido en Chile fue una falla de estrategia política sumada a las fuerzas internacionales que ahogaron el intento de vida chilena en el socialismo. Tal cosa no sucedió por culpa del derecho sino a pesar del derecho, pues precisamente el golpe de Estado fue un resquebrajamiento del estado de derecho que prevalecía en ese país antes de los sucesos de 1973.

Como se afirma en la introducción, se está ante uno de los grandes temas de la sociología del derecho. Todos los especialistas han aportado algún criterio en relación a la capacidad del derecho como instrumento de cambio. Se impone repasar algunos conceptos para después reafirmar algunas conclusiones.

Tal vez quienes más luces dan sobre el tema en esta cuestión sean los

sociólogos norteamericanos, particularmente Roscoe Pound y Julius Stone. Sobre el primero ejerció una gran influencia William James, para quien

el racionalista es devoto de principios abstractos y eternos; el empirista un amante de los hechos en toda su cruda variedad. El racionalismo es monista; tomó como bases los todos y universales y las partes y hace del todo un compuesto de partes. El racionalista tiene una posición dogmática, en tanto que el empirista es un escéptico y capaz de aceptar la discusión de sus supuestos razonamientos. El racionalismo se combina con una tendencia idealista y optimista, los empiristas por el contrario son con frecuencia materialistas y un tanto predispuestos al pesimismo, el racionalista cree en la eternidad de la razón, el empirista en la variedad de la experiencia.³³

Roscoe Pound dice del derecho:

Me limito a considerar el derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada— logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto en cuanto pueden ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada.³⁴

Pound, como digno seguidor de James, no cae en el racionalismo, pues considera que el legislador no puede modificar a su capricho la realidad mediante leyes: “El derecho deliberado sólo tiene valor y duración en la medida que consagra lo que el hecho social expresa”.³⁵

“Para hacer justicia tal como tratamos de administrarla en los tribunales, debemos tener en cuenta algo más que lo que nos dicta la moral y el derecho natural.”³⁶ Esto no quiere decir que no se le conceda al derecho capacidad de promover cambios pues, agrega: “Se va más allá de la lectura de los hechos, se recurre a una concepción de la sociedad y los fines que de ella debe fijarse, a un análisis de su naturaleza profunda. En esto se ha superado la observación pura y simple.”³⁷ En síntesis, Roscoe Pound considera al derecho como un medio para un fin social, utilizando sus mismas palabras, es un “instrumento de ingeniería social”. Por otra parte Julius Stone concibe al derecho como un medio

³³ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 342-343.

³⁴ *Ibid.*, p. 346.

³⁵ Batiffol, Henri, *Filosofía del derecho*, p. 40.

³⁶ Pound, Roscoe, *Justicia conforme a derecho*, p. 12.

³⁷ Batiffol, Henri, *op. cit.* p. 43.

de resolver los conflictos de intereses o las demandas que existen real y efectivamente en la sociedad y que surgen de los diferentes sujetos que la forman. En su opinión las teorías de la justicia deben ser constantemente contrastadas con los datos de la investigación social.

El abogado, el juez y el legislador deben tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. Saber cuáles son los factores reales de poder para tenerlos en cuenta a la hora de elaborar las leyes incluso a la hora de aplicarlas. No se puede descartar que existen ciertas fuerzas “modeladoras del derecho”, como son las fuerzas psicológicas, las fuerzas económicas, los factores nacionales, históricos o, como los denomina Tena Ramírez los: “factores reales del poder”. Además, es muy importante la opinión pública, ya sea que acepte o rechace determinada norma. Ortega y Gasset nos recuerda: “No olvidemos que el derecho se compone de muchas cosas más que de una idea: por ejemplo, forman parte de él los bíceps de los gendarmes o sus sucedáneos. A la técnica del puro pensamiento jurídico tienen que acompañar algunas técnicas aún más complicadas.”⁸⁸

Para Gény, filósofo francés del derecho en el presente siglo, el derecho ofrece dos tipos de componentes: por una parte los elementos dados (o sea los que se desprenden de la investigación social) y por otro las construcciones artificiales de los juristas con base en criterios axiológicos. De aquí surge un derecho creado, el cual es un hecho social que concurre con los demás hechos sociales en la estructuración de la colectividad y en los procesos dinámicos de ésta. Es decir, el derecho no sólo es el efecto de una serie de hechos sociales, sino que, ya una vez formado, constituye la causa de otros muchos fenómenos sociales. Cuando se promulga una ley y se publica en el periódico oficial, dicha ley se convierte

⁸⁸ Ortega y Gasset, J., *La rebelión de las masas*, p. 289. En este sentido hay algunas opiniones dignas de transcribirse. Ihering escribe: “Rompamos el exorcismo con que nos tiene prisioneros la superstición. Todo ese culto de lo lógico que la jurisprudencia piensa fundar sobre una matemática del derecho. La vida no es de conceptos sino los conceptos de la vida”. El escarnio de Kantorowicz: “Es ideal supremo del jurista ser un alto funcionario gubernamental, penetrado de cultura académica encerrado en su celda y armado sólo de una finísima máquina pensante. Único mueble, un escritorio sobre el cual tiene ante sí el código estatal de la ley”. Duguit habla de la “nueva regla del derecho que al contrario no tiene nada de absoluto. No es un ideal, sino un hecho, que no es de ningún modo un mandato, sino una disciplina del hecho que la interdependencia social impone a cualquier miembro del grupo” (citado por Umberto Cerroni, *op. cit.*, pp. 48-49). Karl Mannheim apunta ideas similares: “Un funcionario, por lo demás capaz, puede conocer todos los requisitos técnicos necesarios para poner en práctica una determinada regulación administrativa pero puede ser un ignorante de la configuración de las ciencias políticas responsables de la creación de esas normas y de los posibles efectos sociales que ellas ejercerán sobre determinadas tendencias dominantes en la sociedad” (*Diagnóstico de nuestro tiempo*, p. 88).

desde ese momento en una fuerza que actúa desde el seno de la sociedad; se convierte en un factor configurante de muchas conductas. Son muchas y muy diversas las motivaciones que pueden inducir a los hombres a cumplir las normas jurídicas, desde el convencimiento suscitado por una convicción ética hasta el puro miedo a las sanciones que se señalan por incumplimiento; entre esos motivos figuran por ejemplo: un sentido ético fundado en la justificación del derecho, la devoción patriótica, la creencia religiosa de que las autoridades ejercen un poder delegado por Dios, el efecto que producen las formalidades solemnes que acompañan la creación del derecho, los intereses en pro de la estabilidad y seguridad, el hábito, las emociones favorables que suscita el derecho, el deseo de imitación, el temor de las sanciones, etcétera.

Hans Kelsen considera que:

mientras las leyes no representan para las cosas un factor activo o actuante, sino que son sólo explicación intelectual de las mismas, en cambio las normas pueden actuar o ejercer influencia real. Es más, el fin de las normas consiste que actúen como causa motivadora sobre la voluntad de los hombres. La norma no tiene que explicar hechos, sino provocarlos. Urge, empero, tener muy presente que la validez de la norma es total y absolutamente independiente de su acción, influencia real y eficacia.³⁹

León Petrazenchi, creador de la doctrina psicológica del derecho, aporta conceptos novedosos a la ciencia jurídica, los cuales se relacionan con el tema en cuestión. Sociólogo y jurista a la vez, se inclinó hacia una dirección que ponía énfasis en el análisis del hombre y que subrayaba la importancia de la iniciativa y del esfuerzo de éste, en contra del “fatalismo” de la escuela marxista y de la “angostura del positivismo jurídico”. No concibe sólo un derecho “deliberado” que pueda guiar una sociedad sino que ve en la política jurídica una función educativa consistente en modificar “las disposiciones mentales de los hombres, suprimiendo o disminuyendo las tendencias antisociales y fomentando los factores sociales”.⁴⁰ Tampoco se ve en el derecho una “omnipotencia celestial”, como dice Ortega y Gasset: “Ni racionalismo dogmático ni vitalismo anárquico”.⁴¹ Gustav Radbruch señala un ejemplo que parece acertado:

La burguesía ascensional impuso, en su interés económico la libertad

³⁹ Recaséns Siches, Luis, *Panorama del...* p. 147.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁴¹ Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*, p. 34.

de asociación. Pero luchó por esta libertad y la instauró en forma de derecho, es decir, con carácter general, como una libertad igual para todos. Esta forma jurídica en que se plasmó la nueva libertad hizo que la libertad de asociación una vez proclamada y rebasando los intereses económicos de la burguesía, beneficiase también al proletariado y ofreciéndose a éste, bajo la forma de libertad de coalición sindical, un arma de lucha contra la burguesía; es decir, contra la clase que había impuesto la libertad de asociación en su propio interés. Por donde la autonomía conduce, en este caso, a una repercusión sobre la economía, la cual había querido simplemente servirse de aquélla.⁴²

Juan Ramón Capella, en su libro *El derecho como lenguaje*, señala que las normas no describen el mundo sino que prescriben algo en él. Opina que:

el hombre utiliza el lenguaje prescriptivo como instrumento de transformación. La actitud de quien usa lenguaje prescriptivo no es la de un espectador pasivo, sino la de un transformador del mundo (del sector del mundo consistente en relaciones sociales). Los lógicos dirían que el lenguaje descriptivo es extensional (puede estudiarse fecundamente atendiendo a la denotación), en cuanto a que el lenguaje prescriptivo —al igual que el de las interrogaciones, el de las plegarias, etc.— es primordialmente intencional (se estudia fecundamente atendiendo al sentido).⁴³

Hay autores que ven al derecho como un promotor de cambios tan efectivo que lo consideran como una idea del futuro; tal es el caso del pensador francés Georges Burdeau, quien escribe:

nacida de una representación de un orden social deseable, la idea de derecho se dirige por completo hacia el futuro. Su substancia es el resultado de una anticipación constante del futuro. Los principios de organización social que forman su contenido están ordenados por el servicio que debe esperar de ellos el tipo de sociedad al que se refiere la idea de derecho. No solamente es parte de una representación del futuro sino además contribuye a crearlo y, de este carácter se derivan a la vez, el lugar del hombre en el orden jurídico positivo y el propio valor de este orden.⁴⁴

En otra parte se cuestiona:

⁴² Radbruch, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 16.

⁴³ Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje*, p. 44.

⁴⁴ Burdeau, Georges, *Tratado de ciencia política*, t. I, vol. II, p. 115.

¿Cómo podría, además, la idea de derecho no ser una imagen del futuro? Todo lo que la solicita; un orden en la vida humana, el fin social y, por él, el bien común está situado en el futuro; y es actualizando en una representación que las resume, todas estas fuerzas que la estimulan, como ejerce sobre nuestro espíritu una presión incesante. Ella tiene toda la fecundidad de la imaginación, todas las fuerzas del deseo, todos los prestigios de los comienzos, de la aurora y de los bocetos. Pero lo que todavía es más característico, es que sus virtudes no se agotan jamás; ella no parece concretarse un instante en un orden jurídico positivo más que para volver a emprender un vuelo más amplio. Tal ave de mar que parece no calmar la ola sobre la que se posa, más que para dejarla, después del despegue, más indócil y más encrespada, tal idea del derecho se inscribe en la realidad social para disciplinarla un instante, sin jamás fijarse en ella. No hay terminación para ella hasta el día en que, agotada o traicionada por las instituciones que se inspiran en ella, cesa de ser porque no encuentra ya eco en el espíritu de los hombres.⁴⁵

En su argumentación acude incluso a razones semánticas:

La palabra derecho está derivada del verbo *dirigere*, que ha dado *directum*, *droico*, y en fin, derecho. Esta raíz se encuentra en los términos de las lenguas neolatinas y germánicas, que expresan la idea de justicia y la de derecho; *recht*, *right*, *regt*, *diritto*, *droit*, derecho, *drept*, por todas partes la misma significación: el derecho es el que dirige, el que señala un fin.⁴⁶

Luis Díez-Picazo, en su libro *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, da la clave al hacer su análisis de las normas jurídicas: "El esquema de una norma jurídica presenta *prima facie*, dos partes claramente distintas. La primera parte puede denominarse supuesto de hecho, traduciendo la expresión alemana *Tatsbestand*. La segunda parte recibe usualmente el nombre de consecuencia o efecto jurídico".⁴⁷ El supuesto de hecho es una realidad futura anticipadamente figurada. Sin embargo, tiene su base en experiencias anteriores, en realidades pretéritas. Se prefigura idealmente un hecho como supuesto de una norma, porque con anterioridad este mismo hecho u otro similar, se ha presentado ya y ha adquirido un carácter problemático. El segundo elemento de la norma es la consecuencia jurídica. La norma trata, se dice, de ligar a un supuesto hecho (si es A) una determinada consecuencia jurídica (debe

⁴⁵ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 122.

⁴⁷ Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 61.

ser B). La consecuencia jurídica, se ha dicho también, no pertenece al mundo fáctico o de la realidad, sino al mundo de la normatividad. Cuando este comportamiento o esta conducta, en la que parece consistir el deber, se produce efectivamente y se inserta en el plano de la realidad, ya no es deber. Es deber, y sólo entonces, antes de haberse tomado una decisión respecto de su realización. Si se realiza es cumplimiento. Si no se realiza es infracción. Queda claro que cuando se habla del deber el comportamiento humano está idealmente prefigurado. El deber, más que un comportamiento, es un proyecto o un programa, un modelo. La norma parte de un supuesto que se da en la realidad y plantea un deber ser. Su capacidad transformadora se plantea en la segunda parte, pero si el supuesto está mal contemplado en la realidad entonces puede suceder que el deber ser que se contempla nunca se actualice.

He aquí dos ejemplos sacados de la Constitución. El artículo 31 de la carta magna, en su fracción primera, señala como obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de instrucción pública de cada estado. Esta disposición, que proviene desde el Congreso Constituyente de 1917, ha tenido relativa observancia. El legislador simplemente ignoró el supuesto de hecho, parte primera en la elaboración de la norma; si el mexicano debía mandar a sus hijos menores de quince años a la escuela es porque se partía del hecho de que había una escuela próxima al domicilio de la familia y que además, ofrecía la posibilidad de admitirlo como alumno, pero fue sólo hasta 1980 cuando el presidente López Portillo manifestó en su IV informe de gobierno que el Estado mexicano ya podía ofrecer escuela a toda la población en edad escolar en todo el territorio nacional. Pasaron 63 años antes de que el supuesto de hecho se actualizara plenamente. Obviamente la norma en este periodo y en esos casos fue letra muerta; además, nunca se señaló la sanción correspondiente al mexicano que no acatará la obligación referida. El artículo 115, en su fracción II, señala que los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalan las legislaturas de los estados y que, en todo caso, serán las suficientes para atender sus necesidades. Previamente el legislador había señalado en el artículo 73, fracción VII, como facultad del Congreso de la Unión la de imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto federal. Es obvio que ante una atribución tan amplia, la federación se adjudicará la mayor parte y las más productivas fuentes de los ingresos fiscales. Entonces ¿a qué recursos tendrían que acudir las legislaturas locales para dotar a los municipios de las contribuciones sufi-

cientos para atender sus necesidades? El supuesto de hecho no se dio y los municipios, hasta la fecha, con todo y las recientes reformas, han carecido de presupuestos suficientes para cumplir las funciones que el Congreso Constituyente de 1917 les asignó. Puede afirmarse, a manera de conclusión, que el derecho sí es un instrumento de cambio, siempre y cuando parta de los hechos y así, se den los supuestos necesarios para que el deber ser contenido en la norma pueda ser factible de realización. Desde luego, se coincide con los jusnaturalistas en que de lo que es no se puede extraer lo que debe ser. No se trata simplemente de que el legislador se concrete a dar fe mediante la ley de hechos consumados en la realidad, pero tampoco podemos afirmar que el derecho opera en el vacío, o que la voluntad del legislador hecha ley sea omnipotente para modificar la realidad a su antojo. De aquí se deriva que el legislador debe ser un profundo estudioso de la realidad social y considerar primeramente los hechos para después, con un criterio axiológico definido, formule la ley.

El hecho es lo primero. Asegúrense de él. Aclárenlo perfectamente. Púlanlo hasta que brille y centellee como una joya. Entonces relacionenlo con otros hechos. Examínenlo por cuanto a su relación con ellos, pues en esto estriba su valor y su importancia. Al aconsejarles que se ciñan a los hechos, no trato de disuadirlos del empleo de las generalizaciones filosóficas, sino sólo recordarles que las generalizaciones surgen de los hechos y que, sin ellos, no valen nada.⁴⁸

Prácticamente todos los juristas reconocen hoy en día la capacidad que tiene el derecho de ser promotor de cambios. Inclusive el pensador socialista más prominente de México en el presente siglo, Vicente Lombardo Toledano, afirma:

Es verdad que el derecho no constituye la estructura fundamental de la sociedad humana, que es sólo el resultado, la proyección, en el terreno de las leyes, de la estructura económica. Pero es cierto también que el derecho influye sobre la organización económica y contribuye a encauzarla y a orientarla para que alcance los objetivos indicados por los intereses del pueblo y de la nación.⁴⁹

En la actualidad no hay teoría que niegue terminantemente que los cambios se pueden dar en la estabilidad y que el derecho es un eficiente

⁴⁸ Easton, David, *Política moderna*, p. 65.

⁴⁹ Lombardo Toledano, Vicente, *Lo que vive y lo que ha muerto de la Constitución de 1857*, p. 49.

instrumento para llevarlos a cabo. Esto implica que el derecho debe modificarse constantemente pero conservando siempre cierta orientación axiológica que es permanente y fundamental en todo derecho. Esto no es motivo de lamentaciones sino de alegría:

Sería trágico que el derecho estuviera tan petrificado que no pudiera responder a las incitaciones de los cambios evolutivos y revolucionarios de la sociedad. Para el abogado, esas incitaciones significan que no pueden contentarse con ser un artesano. Sus conocimientos técnicos le proporcionarán las herramientas, pero es su sentido de responsabilidad para la sociedad en que vive el que debe moverle a ser no sólo abogado, sino jurista.⁵⁰

El derecho es una disciplina que debe atender a la ejecución de sus postulados; al igual que la política, no se concibe en el terreno de la especulación y la teoría; su manifestación plena se da en la observancia. Aquí se ha sostenido la idea de que el derecho es instrumento de cambio en la estabilidad, pero para que pueda generar efectos es menester su observancia y acatamiento. Ni el derecho ni la política buscan explicar fenómenos o traducirse en especulaciones estériles sino dirigir conductas, producir resultados, estirar una realidad para acercarla a un ideal, a un deber ser, en suma, un proyecto cuajado que resulte de una demanda acuñada por el pueblo a través de su historia, pero siempre con una base teórica y axiológica. Derecho que no se realiza es un derecho frustrado, proviene de un legislador equivocado o de un poder viciado de origen e irresponsable a la hora de cumplir su deber.

¿Cómo precisar cuál es el derecho posible en una realidad concreta?⁵¹ La respuesta la da la visión del legislador: reunir los estudios sobre un hecho concreto y buscar la forma para acercarlo a un ideal de justicia. El derecho no debe quedarse en lo que somos olvidándose de lo

⁵⁰ Friedmann, W., *op. cit.*, p. 512.

⁵¹ Aquí Giovanni Sartori precisa estos conceptos: "¿Qué quiere decir posible? Posible es en primer lugar sinónimo de pensable. En este sentido, lo posible es una posibilidad mental, la mera posibilidad teórica. Pero lo que nos interesa aquí no es lo mentalmente pensable, o sea lo abstractamente posible. A nosotros nos interesa lo prácticamente posible. Por lo tanto, formulemos la pregunta con más exactitud, ¿qué quiere decir prácticamente posible? Respondo: indica todo lo que no es prácticamente imposible. Y por prácticamente imposible entendemos dos tipos de imposibilidad; una imposibilidad relativa (condicionada por los medios) y una imposibilidad absoluta (lo prácticamente imposible que es al mismo tiempo lógicamente impensable) (*op. cit.*, p. 178).

que queremos ser, ni deslumbrarse con un ideal olvidándose de lo que somos, que es en última instancia la plataforma de lanzamiento de cualquier proyecto o ideal.⁵²

⁵² He aquí el gran reto y para enfrentarlo no hay que olvidar las grandes lecciones de Ihering en su libro sobre la *Lucha por el derecho*, la gran necesidad de que el derecho sea sentido como algo propio de cada ciudadano identificado con sus valores y parte de su dignidad.

“Sólo la voluntad puede dar al derecho lo que constituye su esencia, la realidad.

“Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho” (*Espíritu del derecho romano* t. I, S. 24) (p. V.).

“No, no basta para que el derecho y la justicia florezcan en un país, que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar a sus agentes; es preciso aún, que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad” (p. 70).

“Mi derecho es todo el derecho; defendiéndolo, defiende todo el derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío” (p. 76).

“El derecho es el ideal (por más que se crea esto una paradoja), no el ideal fantástico, sino el del carácter, es decir, el del hombre que se reconoce como siendo su propio fin y que estima poco todo lo que existe, cuando es lesionado en su dominio íntimo y sagrado” (p. 92).

“No existe para un Estado que quiere ser considerado como fuerte e inquebrantable en el exterior, bien más digno de conservación y de estima que el sentimiento del derecho en la Nación. Este es uno de los deberes más elevados y más importantes de la pedagogía política. El buen estado y la energía del sentimiento legal del individuo, constituyen la fuente más fecunda del poder y la garantía más segura de la existencia de un país, tanto en su vida exterior como en la interior”, (p. 94).

“La lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir: Ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: Solamente luchando alcanzarás tu derecho” (p. 130).