

producción y creación literaria, artística, científica y técnica e) A la libertad de cátedra. d) A comunicar y recibir libremente la información veraz por cualquier medio de difusión ... » El Tribunal globalizaba en uno solo los contenidos de los literales a) y d) y reconocía en este último sólo una concreción o manifestación del derecho a la libertad de expresión (Sentencia 6/1981).

5. «...El apartado d) del numeral 1 del artículo 20 de la Constitución consagra el derecho a comunicar o a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública... » (Sentencia 105/1983, 23 de noviembre).

6. En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con anterioridad a la sentencia 6/1988 oscila entre las que podríamos denominar tesis unificadoras y diferenciadoras de los derechos a la libertad de información y a libertad de información, encontrándose sentencias en uno u otro sentido. Sobre la evolución del Tribunal Constitucional en este tema véase J.M. LÓPEZ ULLA, *Libertad de informar y derecho a expresarse*. Cádiz: Universidad de Cádiz. 1994, pp. 39 y ss;

y CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO, *Libertad de expresión e información y sus límites*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 7 y ss.

7. El Tribunal Constitucional Español acoge el criterio diferenciador adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens (Sentencia de 8 de julio de 1986).

8. Vide: RAFAEL BUSROS GISDERT, "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión". *Revista de Estudios Políticos*, N° 85 (1994).

9. Al sentir de algunos autores, el introducir la idea de predominio como elemento matizador que facilite la solución de los casos difíciles, dificulta aún más la cuestión: «Es decir, según la postura adoptada por el tribunal, el juez deberá establecer en cada caso concreto el predominio (noción indeterminable) de dos conceptos que (en un elevado número de casos) no se pueden distinguir con claridad». Busros GISDERT. *Op. Cit.*, p. 267.

10. SALVADOR REY GUANTER. *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1994, p. 51.

11. GLORIA ROJAS RIVERO. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991, p. 59.

12. *Ibid.*, p. 64.

13. GUANTER REY. *Op. Cit.*, p. 97.

14. *Ibidem.*

Mito y realidad del derecho como fórmula del cambio social

Debemos empezar por advertir que el derecho, nos referimos a las reformas jurídicas, no carece de propiedades aptas para producir transformaciones sociales. Pero es un error señalado creer que las modificaciones legislativas poseen la virtud, con independencia de otros factores, para generar variaciones hondas en la realidad social. El desconocimiento de tales factores con la subsecuente sobredimensión de la potencialidad de lo jurídico para producir metamorfosis sociales, hace devenir al derecho en mito del cambio social, en detrimento de la posición y papel del derecho en la sociedad. Examinar algunos de los factores complejos que concurren en forma concomitante con el derecho, creando perturbaciones y distorsiones en su aplicación, es el objeto principal de la tarea que ahora nos ocupa.

Desde luego, en el transcurso se encuentra el tema de la eficacia del derecho, asunto de interés primordial para la sociología jurídica. Énfasis principal brinda la sociología jurídica dentro del estudio de las relaciones entre derecho y sociedad a los efectos que produce el primero sobre la segunda y viceversa, la forma como cada uno incide en la definición y configuración material del otro. No obstante, flaco favor haríamos a la sociolo-

gía del derecho si nos limitáramos a reseñar la eficacia o ineficacia que caracteriza a algunos instrumentos jurídicos, cuando resulta preciso indagar por los factores que median en la relación antes anotada.

Poco avanzaríamos también en el tema propuesto, sin tener presente la naturaleza del derecho, en general, y de la sociedad donde busca actuar, en particular. El derecho, aunque influido por las prácticas sociales cotidianas, no es un reflejo de la experiencia social; por el contrario, constituye en esencia un instrumento de poder del cual hace uso preferente el Estado. También el derecho alcanza cierta autonomía respecto de la sociedad, intentando actuar sobre ella. En esa medida, el derecho dispondrá de una potencialidad para producir cambios sociales. Por su parte, la sociedad avanza matizada por la confluencia de una dinámica de intereses complejos sostenidos por distintos grupos, de donde se desprende la existencia de conflictos sociales, la amenaza de conflicto y el empleo de tácticas para eludirlo, transigir o vencer. De este modo el derecho, como producto social, expresará a los intereses y grupos sociales envueltos en el conflicto, pudiendo ser utilizado como un mecanismo de in-

movilismo o de transformación social¹⁴. En consecuencia, las probabilidades del derecho para influir en el cambio de la sociedad dependerán, inicialmente, de la forma como determinados grupos puedan posicionarse del derecho y del Estado para su instrumentación en favor de los intereses que enarbolan y en detrimento de otros.

De acuerdo con Roger Cotterrel: «Cuando nos preguntamos cómo el derecho puede influir en el cambio social, en realidad estamos considerando cómo aquellos miembros de una sociedad capacitados para que el Derecho reconozca sus pretensiones e intereses, tendrán éxito en vencer las resistencias a que sus aspiraciones se cumplan mediante el derecho, porque éste no es un actor en sí mismo, sino un instrumento de los actores humanos cuyos intereses representa; los efectos de un precepto particular no pueden considerarse separados de un análisis de las fuerzas que respaldan dicho precepto»².

Con todo, aun la consagración de nuevos preceptos no es una garantía de la ocurrencia de cambios sociales. Entre norma y sociedad pueden mediar elementos o fenómenos que alteran la relación, siendo el propósito de esta exposición examinar algunos de ellos.

Uno de éstos es la ideología de los operadores jurídicos. Entendemos por ideología el conjunto de ideas, valores, creencias y concepciones sobre diferentes facetas de la vida social. En parte, aun cuando no en su totalidad, la ideología es nutrida con estereotipos. Los estereotipos son creencias generalizadas que se sostienen sobre alguna cuestión, al margen o aun en contra de las evidencias existentes de orden empírico, de los juicios lógicos o, si se quiere, de la ciencia. Los estereotipos se forman de modo principal a partir

de prejuicios, es decir, de ideas preconcebidas sin fundamento real o basadas en observaciones parciales o aisladas, en la exageración de alguna circunstancia y, ante todo, en manifestaciones particulares y aparentes de un hecho que se toman como una regla general, predicable en todos los casos. El estereotipo, cuando se refiere a perfiles personales o a grupos de personas, se convierte en un modelo caricaturizado de ellas.

La idea que defendemos es que los estereotipos, tanto aquéllos que pueden ser comunes a la sociedad en general como otros propios y particulares de los ambientes del sistema de justicia, tienen un impacto importante sobre el funcionamiento de la administración de justicia, traducándose por ello en las decisiones que adoptan sus operadores. También afirmamos que este tipo de construcciones ideológicas pueden prevalecer sobre el mismo derecho. Para el efecto, los estereotipos contribuyen a la formación de lo que se ha denominado "El segundo código", sumándose en esa tarea a otros elementos que hacen parte de la ideología de los operadores o inciden sobre ella, tales como los valores y los intereses. Entonces, el segundo código obrará orientando el sentido de la actividad desplegada por los operadores jurídicos. Este es distinto al código legal que establece unas definiciones y reglas jurídicas oficiales, al que se puede denominar primer código. El segundo código se introduce a través de las materias que pueden ser objeto de interpretación en el código legal, por entre los resquicios o incluso valiéndose de la inobservancia de las normas jurídicas (primer código).

Un ejemplo, tal vez, podría explicar la situación que presentamos. El Código Penal de 1980 pretendió abolir las fórmulas jurídicas del peligrosismo penal que co-

rrespondían a la inspiración de la escuela positivista. Ello fue expuesto como un avance destacado de la reforma penal. No obstante, la información recaudada en una investigación en curso sobre la ideología de los operadores de la justicia penal entregaba señales contrarias al indagar sobre la figura del tratamiento penitenciario.

El concepto de tratamiento penitenciario, no sobra recordarlo, tiene repercusión directa sobre muy importantes instituciones jurídico-penales, tales como la libertad provisional y la condena de ejecución condicional. También cabe advertir que el tratamiento penitenciario, cuando menos como es pretendido en nuestra legislación penal y penitenciaria, no existe en realidad.

Pues bien, en la investigación mencionada pudimos establecer que para fijar o determinar la necesidad de recibir o no tratamiento penitenciario, valga decir, la demanda de resocialización que podía requerir el procesado, los funcionarios judiciales, jueces y fiscales tomaban como parámetros negativos los siguientes hechos: no estar casado, no tener hijos, carecer de una educación universitaria o, sobre todo, de una educación básica completa, y no disponer de un empleo estable, junto a otros datos personales similares que suelen ser reseñados en distintas oportunidades del proceso.

Frente a tales hechos y las conclusiones que eran inferidas es necesario preguntarse: ¿cuál es su relación lógica? Nosotros podríamos argumentar que ninguna. Incluso cualquiera de los datos citados podrían ser tomados, siguiendo un raciocinio análogo, para llegar a una conclusión del todo opuesta. Así podríamos deducir que la participación en un evento penal por parte de un sujeto poseedor de

un empleo estable lo que denota es la falta de necesidad material de delinquir, la que sólo podría estar fundada en una ausencia de valores que más bien demandaría un tratamiento penitenciario resocializador, ello dentro de la lógica examinada. Lo cierto es que el auténtico fundamento de la decisión judicial descansa sobre prejuicios sociales, los cuales han constituido estereotipos que asocian la criminalidad con personas debilitadas en términos económicos y sociales o que desarrollan estilos de vida diversos. Así mismo, el que en las providencias judiciales no aparezcan de manera explícita esa clase de estereotipos que en verdad motivan el pronunciamiento judicial, tiene dos significados: la motivación ideológica se aparta del primer código, del código oficial, y por ello no puede ser manifiesta; una característica de la operación del segundo código es que actúa de manera imperceptible, de modo inmediato, obrando subliminalmente sin que sea evidente a simple vista".

¿Cómo contrarrestar las posibilidades de preeminencia del segundo código, ideología, estereotipos y prejuicios a los cuales hemos hecho referencia? ¿Eliminando las posibilidades de interpretación? ¿Haciendo de la ley un texto más preciso e inequívoco? ¿Aumentando el rigor de las sanciones sobre quienes deben aplicarlas? El pensamiento de la Ilustración, preocupado por la arbitrariedad que ejercía el soberano al aplicar la ley, proponía medidas radicales. Montesquieu decía: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes», mientras para Voltaire interpretar una ley equivale a corromperla. Opiniones nada alejadas de

las ideas que expresaba Beccaria: «Pero las distinciones de grave y de leve se deben fijar por la ley ciega e imparcial, no por la prudencia arbitraria y peligrosa de los jueces» o «No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley», bastante suaves ante el parecer de Max Wolf: «Preferimos la ley del más estúpido de los legisladores que la del más sabio de los jueces, es preferible una mala ley de la mano del legislador que una buena de la mano del juez».

Lo cierto es que el derecho no es un cuerpo perfecto y que los jueces son seres humanos y actores sociales. No hay neutralidad en el derecho, tampoco es aconsejable ni factible proscribir la interpretación. Por ello, las aspiraciones de la Ilustración, aun cuando asentaron los fundamentos del principio de legalidad, no encarnaban más que una vana ilusión. Remontar el papel del segundo código no pasa por la reificación de la ley, pues la experiencia ya ha demostrado la inutilidad de ese ejercicio, como tampoco puede suponer el desconocimiento de la existencia de ese código paralelo.

La expedición de una mayor cantidad de normas jurídicas en relación a una misma materia, muchas veces, lejos de constituir una camisa de fuerza para restringir las posibilidades de interpretación, ganar en precisión y eliminar lagunas o vacíos, termina aumentando de modo notable los márgenes de discrecionalidad del operador jurídico. Puede afirmarse que entre mayor sea el número de disposiciones promulgadas, se incrementa la discrecionalidad en la interpretación y es más probable que el cumplimiento de los mandatos carezca de eficacia.

Citemos un ejemplo que me resulta familiar. El gobierno nacional, con el pro-

pósito de controlar el incremento de las matrículas y pensiones en los establecimientos de educación básica, solamente desde 1995, ha expedido diez instrumentos, cinco decretos y un número idéntico de circulares, además de un manual de procedimientos para la definición de tarifas con más de un centenar de páginas. La última herramienta producida, por su simplicidad directa, tiene posibilidades de éxito, pero en el transcurso de esta hiperinflación de actos administrativos fueron elevados los costos de la educación al punto de constituir el principal determinante en el crecimiento de la inflación, sin que las entidades encargadas de ejercer el control pudieran navegar en el mar de normas.

De modo opuesto, estamos convencidos de que es imposible ignorar e inútil tratar de eliminar la ideología. Las teorías sobre el fin de las ideologías no han demostrado ser más que una ideología de más. Las ideologías siguen integrando el motor principal de las conductas humanas, ni la ciencia ni tampoco, la ciencia jurídica. Muchos han causado la muerte de semejantes o han ido a prisión por la religión, el socialismo o la propiedad, mientras que nadie ha matado o ha condenado a otro por demostrar o hacer valer el teorema de Pitágoras.

Nuestra propuesta sugiere trabajar directamente sobre la ideología, introducir nuevas construcciones sociales, promover un cambio de actitudes entre los operadores jurídicos como condición indispensable para que el derecho pueda cumplir la función social de estimular el cambio social.

Se trata de generar una nueva cultura social y política, que combata los estereotipos pero que, a la vez, sea proactiva en la edificación de nuevas formas de

pensamiento y concepciones sobre el derecho y los problemas sociales, económicos y políticos correlacionados con el derecho y la justicia. La educación y la investigación socio-jurídica podrían ser conductos acertados en el proceso. Sin embargo, resulta indispensable crear medios y espacios que puedan fomentar nuevas actitudes y rasgos en la práctica cotidiana de quienes juegan un papel en la administración de justicia.

Es más, sobre las bases anteriores, es posible concebir la verificación de cambios sociales sin necesidad de reformar previamente la ley. La historia del derecho está llena de ejemplos de instituciones que sin ser modificadas empezaron a cumplir funciones y tener efectos distintos a aquellos que eran perseguidos en los tiempos en que se erigieron. Los conceptos de soberanía del poder y de la propiedad, respectivamente recogidos en el derecho constitucional y en el derecho civil y penal, fueron asumidos en el capitalismo con los mismos elementos, aunque fueron otras sus funciones. En cambio, esa misma historia señala otros casos en que las reformas legales fueron ineficaces en ausencia de identificación, compromiso y voluntad de aquellos a quienes competía ponerlas en práctica. Un caso conocido en esa dirección fue la legislación sobre reforma agraria dictada durante la administración del presidente Lleras Restrepo (1966-1970).

Este último tópico nos aproxima a otro conexo: la realización de cambios sociales no demanda siempre la reforma de leyes o códigos, por cuanto existen otras herramientas en manos de los operadores del derecho. La política penal o política criminal posee a su servicio una gama de medios diversos a los estrictamente normativos. Existen prácticas y procedimientos

que son ejecutados por los operadores jurídicos, sin que se deriven en forma inmediata de los códigos, pero que tienen relevancia importante en el funcionamiento de la justicia o en la prevención del delito. También la población adopta actitudes o toma medidas, por ejemplo en la prevención del delito, que no tienen una vinculación directa con los mandatos de los códigos.

Empero, el diseño de la política penal ha estado en Colombia monopolizado por técnicos jurídicos especializados, abogados con una formación dogmática, que han laborado ya como consultores o ya en comisiones. El perfil de los actores principales del proceso de definición de la política penal ha tenido una notable repercusión en sus resultados. La preeminencia de juristas con una formación eminentemente dogmática redundó en la utilización recursiva de las modificaciones en el derecho positivo como estrategia central del cambio. Ocurrido un fenómeno calificado como problemático, se piensa en su solución por conducto de una ley o un decreto.

De allí surge también una dificultad colateral. Tenemos que la proyección de las modificaciones legales se efectúa sin consultar u ordenar estudios o diagnósticos sobre la realidad socio-jurídica. Las fuentes que movilizan la planeación de cambios son, en primer lugar, el exclusivo análisis dogmático del mismo derecho, y en segundo término, la experiencia individual y localizada de sus ponentes, orientada por criterios instintivos o subjetivos",

La respuesta a los obstáculos expuestos radicaría en la formación de equipos interdisciplinarios y la realización de una mayor cantidad de estudios e investigaciones sobre sociología jurídica y socio-

logía del delito. En este último campo se ha avanzado bastante, pero los esfuerzos son aún insuficientes considerando que los diferentes problemas de justicia y criminalidad del país ocupan casi todas las posiciones en la lista de apuros que padece la nación.

Tampoco es condición necesaria para el cambio social el que las normas jurídicas sean, en ese sentido, eficaces. Es decir, que tengan una aplicación efectiva sobre la realidad social. En no pocas ocasiones el derecho es utilizado dentro de un proceso comunicativo para transmitir valores a los miembros de la sociedad, buscando su conocimiento y aprobación como positivos. Aquí la función del derecho es simbólica. No obstante, son más los eventos donde la función simbólica del derecho aparece limitada a cumplir un papel distorsionador, como cuando las normas tienen como único fin el de crear la sensación artificial de que se está haciendo algo efectivo para combatir un fenómeno nocivo, aunque poco o nada se haga en realidad. Durante el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990), a cada acto de violencia terrorista desplegado por las bandas de narcotraficantes se respondía con la promulgación de algún decreto de excepción o con la creación de una nueva institución, disfrazando la impotencia del establecimiento con la apariencia de reacciones drásticas. Desde 1991 ha proliferado la fundación de oficinas u organismos dedicados a la protección de los derechos humanos, pero sus creaciones parecen inversamente proporcionales a la situación de los derechos humanos en el país.

Un sociólogo norteamericano, William M. Evan, señaló siete condiciones bajo las cuales el derecho podría actuar produciendo cambios sociales efectivos: 1) la fuente

creadora del derecho debe estar provista de autoridad, valga decir, legitimidad y prestigio; 2) las novedades del derecho deben guardar cierta armonía con la tradición socio-cultural y jurídica imperante; 3) en términos pragmáticos, el nuevo derecho debe ser percibido como factible; 4) las reformas deben ser introducidas en un tiempo corto, para evitar que surja una resistencia organizada o sean diseñadas tácticas de evasión; 5) los operadores del derecho deben estar comprometidos con los fundamentos y finalidades pretendidas por las nuevas formas jurídicas; 6) además de sanciones negativas, conviene incluir sanciones de tipo positivo como soporte de la aplicación y aceptación de las normas; 7) tiene que incentivarse y asegurarse la protección efectiva de derechos de terceros, con el fin de animar su utilización en beneficio propio.

El esquema anterior nos sirve como modelo para el análisis del único caso que vamos a relatar sobre la tarea de inmovilidad social y, claro, jurídica, que puede gestarse desde el derecho. El evento es destacable por cuanto la reforma fue promovida bajo la necesidad, precisamente, de obtener transformaciones sociales y jurídicas. Nos referimos a la reforma constitucional de 1991, justificada en la necesidad imperiosa de modificar el funcionamiento de la justicia con la implantación del sistema procesal acusatorio. La primera condición se cumplía de manera aceptable: la Asamblea Nacional Constituyente aparecía como un órgano legitimado en la elección popular, y despertaba grandes expectativas en la población sobre los cambios que iba a producir, entre ellos la reforma radical de la justicia. El articulado luego aprobado, deslizó varios elementos para fundar el proceso acusatorio o proceso mixto/moderno. Sin embargo, la normatividad que habría de desarrollar los mandatos consti-

tucionales instauró un tipo de proceso marcadamente inquisitivo, carente de las características centrales del acusatorio, como serían la oralidad, la contradicción, la publicidad y la oportunidad.

Las restantes condiciones indicadas por Evan no se observaban: un ensayo de sistema procesal mixto moderno resultaba de todo ajeno a la tradición jurídica del país y, por ende, revolucionario; para los autores del Código de Procedimiento, la reforma era considerada inviable, entre otras razones bajo el alegato de sus supuestos costos; el estatuto de procedimiento fue expedido cinco meses después de la Constitución en ausencia de sus reformadores; entre el grueso de los funcionarios judiciales no existe un conocimiento suficiente sobre el sistema procesal mixto moderno y, por tanto, escaso compromiso podían tener en relación a su establecimiento; por ausencia de materia, no se presentaban avances en cuanto a la introducción de sanciones positivas o garantía de derechos.

El balance arrojó una reforma retardataria que conllevaba un retroceso, reducción de la independencia de la justicia y limitación de las garantías para el procesado y la sociedad. En materia de derecho y cambio social, está visto, se puede decir una cosa y hacer otra.

GERMÁN SILVA GARCÍA
Abogado, Universidad Externado de Colombia
Candidato al Doctorado en Sociología,
Universidad de Barcelona

1. ELIAS DEAZ. *Sociología y filosofía del derecho*. 2ª ed. Madrid: Taurus, 1980, p. 203.
2. ROGER COTERREL. *Introducción a la sociología del derecho*. Traducción de Carlos Pérez Ruiz. Barcelona: Ariel, 1991, p. 68.
3. ALFRED, BULLEBACH. "La ciencia jurídica ante las ciencias sociales". En: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Traducción de María José Fariñas Dulce y otros. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 384.
4. *Ibidem*.
5. LUIS PRRETO SANCHÍS. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 18 y 29.
6. CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas, 4ª reimpresión. Madrid: Alianza, 1988, pp. 31 y 95.
7. FRANCISCO MADRAZO. *Orden jurídico y derecho judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 17.
8. JUAN RODRÍGUEZ ARRAMBERRI. "Las ideologías". En: *Tratado de Sociología*. Madrid: Taurus, 1985, Tomo II, p. 290.
9. La inserción del principio y reglas de la independencia de la justicia durante la República de Weimar en Alemania perseguía lograr condiciones adecuadas para el desarrollo y consolidación de la democracia; mas, sin embargo, fracasó en manos de una judicatura hostil a tal proyecto político. Al respecto: DIETER SIMON. *Independencia del juez*. Traducción de Carlos Ximénez-Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 51 a 54.
10. Para un análisis crítico de los procesos de diseño de la política penal y sus modelos, vide: GERMÁN SILVA GARCÍA. "Algunas concepciones sobre la reforma a la administración de justicia en América Latina". *Revista de Ciencias Jurídicas*, (San Salvador, Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial, 1991), pp. 111 y ss.
11. VINCENZO FERRARI. *Funciones del derecho*. Traducción de María José Añon Roig y Javier de Lucas Martín. Madrid: Editorial Debate, 1989, pp. 138 y 139.
12. ROGER COTERREL. *Op. Cit.*, pp. 65 a 67.