

ANDRES OLLERO TASSARA

Eficacia jurídica y participación social

Publicado en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez"

Años 1967-68

Núms. 7-8. Fasc. único

EFICACIA JURIDICA Y PARTICIPACION SOCIAL

POR

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Universidad de Granada

I. Derecho eficaz y eficacia jurídica. 1.1 Consecuencias de la búsqueda de un derecho eficaz. 1.2 Raíz antropológica del problema de una eficacia propiamente jurídica. 2. Un intento de superación: la participación social. 2.1 La injusticia del derecho ineficaz y la ineficacia del derecho injusto. 2.2 Participación social, objeto y contenido del derecho. 3. Conclusión.

Mientras que durante siglos la reflexión filosófica ponía el acento en la intrínseca obligatoriedad de la norma, y consideraba deseable que las normas jurídicas revistiesen al máximo tal carácter, hoy día la atención se desplaza hacia la probabilidad de que una norma sea obedecida, y hacia la investigación de los requisitos que posibiliten esa eficacia real de los preceptos jurídicos.

Esta evolución implica un paralelo cambio de enfoque de la relación entre ordenamiento jurídico y dinámica social. La visión de la sociedad al servicio de unos valores que le eran previos, y que le fijaban heterónomamente las vertientes positivas o negativas de su fluir espontáneo, llevaba a considerar al derecho como factor orientador de la vida social. Hoy día la sociedad tiende a establecer autónomamente sus criterios rectores, apareciendo en la cúspide de ellos la eficaz realización de los objetivos propuestos. El interés por orientar el fluir social ha sido matizado por la necesidad acuciante de facilitar y potenciarlo.

La preocupación por disponer de un *derecho eficaz* es fruto de un ambiente pragmatista y funcional, en el que la categoría de la

utilidad se convierte en punto preeminente de la jerarquía de valores que preside la dinámica social. Los planteamientos finalísticos o axiológicos parecen quedar desfasados ante la palpitante urgencia del fluir social. MASPETIOL ha señalado recientemente, como la orientación tecnocrática de la política empuja a la sustitución de la regla de derecho como instancia valorativa enjuiciadora de los comportamientos sociales, para enfocarla como estímulo u obstáculo del desarrollo de la sociedad, con relación a pautas técnico-políticas de carácter metajurídico. Respecto a ellas la acción del derecho es necesariamente relevante. "L'aménagement juridique n'est jamais un facteur neutre; il est, selon les circonstances, un stimulant ou un obstacle"¹.

1. La obsesión por la eficacia ha incidido actualmente en la esfera de lo jurídico con clara prevalencia sobre otros puntos de vista, que en otros tiempos merecieron especial atención. Con ello se abre un sugestivo dilema: ¿debe el afán de lograr la eficacia, que la sociedad le reclama, condicionar al derecho?, ¿ha de ser el derecho más bien el que suministre los rasgos esenciales, los objetivos, que den paso a un concepto de eficacia jurídicamente matizado?

La realidad nos descubre una acusada preocupación por llegar a un *derecho eficaz*, sin un paralelo empeño por elaborar una *dimensión propiamente jurídica de la eficacia*. Esta aparece referida a unos cánones que escapan del campo de acción del derecho. Es un concepto previo, social, prejurídico, que se convierte por paradoja en regla, módulo y juez de la actividad jurídica, nacida originariamente con la pretensión de cumplir tales funciones respecto a la sociedad. La exigencia de contar con un ordenamiento jurídico socialmente eficaz experimentada hoy, parece certificar que el fluir social amenaza con arrollar las pretensiones normativas del derecho, convirtiéndolo —a través de una paulatina e implacable "erosión"— de canon axiológico en instrumento de sus espontáneas tendencias, de derecho "valioso" en *derecho eficaz*.

Pero este fenómeno no responde sólo a una determinada jerarquía de valores arraigada en la dinámica social. Hay razones de or-

¹ R. MASPETIOL, *Brèves réflexions sur la règle de droit*, APhD 1969 (XIV), pg. 326.

den filosófico y metodológico (quizá también conectadas con esa vivencia social, no es el momento de entrar en ello) que inclinan a tales planteamientos. Si esa continua “erosión” empuja al derecho a aceptar una concreta concepción de la eficacia —socialmente consagrada—, en cuya formulación no ha intervenido, ello puede deberse a la vez a que la actual temática de la reflexión filosófico-jurídica anula —o al menos margina— la posibilidad de plantear la elaboración de los criterios rectores de una *eficacia propiamente jurídica*.

En primer lugar, el arraigado punto de partida de cuño positivista que establece un insodable abismo entre las realidades ontológicas del mundo del “sein” y las formulaciones normativas del mundo del “sollén”, desemboca en una paradójica conclusión. Si las formulaciones deónticas no pueden justificarse sino mutuamente y nunca por su conexión con elementos extraños; si en aras de la pureza metódica (aceptado el monismo inicial que esta postura implica) se rechaza cualquier elemento “metajurídico” en la formulación de las normas, éstas acaban por quedar reducidas a un puro vacío formal. Pero como la vocación práctica de lo jurídico le empuja a la regulación de casos concretos, esta carencia “material” tendrá que ser suplida por elementos fácticos integrantes también en última instancia del mundo del “sein”, aunque carentes de las características de objetividad y permanencia propias de lo estrictamente ontológico. La imposible correlación “sein-sollen” dará paso paulatinamente al juego de la tensión “müssen-sollen”, “der Diskrepanz zwischen der Tendenz zu “natürlichen” Verhalten und dem *gesollten* Verhalten”². Las formulaciones del “sollen” dan estabilidad a las desordenadas pretensiones del “müssen”, con lo que se llega al necesario abandono práctico del punto de partida teórico.

En el fondo se vivencia el problema del fin del derecho: si el ordenamiento jurídico es un medio condicionador de conductas al servicio indiscriminado de los fines que la sociedad le proponga, o si se trata de una técnica de coacción que implica unas específicas finalidades que deban realizarse en la sociedad. En el primer caso es lógico que la unánime pretensión sea lograr un *derecho eficaz* al servicio de los objetivos sociales. De los instrumentos no se espera jui-

² M. DRATH, *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts*, Tübingen, Mohr, 1963, pg. 29.

cios valorativos, sino resultados efectivos. En el segundo caso, surgirá una *eficacia jurídica*, mensurable con referencia a los específicos fines del derecho.

Igualmente el abandono de todo planteamiento metafísico lleva a renunciar a la posibilidad de admitir una concepción propiamente jurídica de la eficacia, y las finalidades específicas que ésta implica, una *eficacia jurídica* en la que lo jurídico se considere como realidad condicionante de lo eficaz. La repulsa a las abstracciones esencialistas y la búsqueda de planteamientos de mayor riqueza existencial, coincide con una continua inyección sociológica en los cauces de la filosofía jurídica. Sólo la ciencia positiva —se sostiene— puede dar una dimensión auténtica de lo real. De nada sirve llegar a teorías jurídicas que nos den una dimensión substantiva del derecho, si luego, bajo el prisma frío de la investigación empírica, aparecen como puras elaboraciones subjetivas o productos “ideológicos”, en el sentido científicamente peyorativo del término.

Insensiblemente se va llegando a una identificación de eficacia y éxito, que margina la pretensión de una eficacia propiamente jurídica. BULYGIN ha expresado con claridad esta postura. En su opinión la eficacia no tiene un contenido esencial que haya que interpretar desde una determinada perspectiva filosófica. “Wirksam keine Eigenschaft der Norm nennt, die als Ursache der Anwendung angesehen werden könnte”. Su contenido es variable y para precisar su significado o significados hay que acudir a una hermenéutica en función del contexto social concreto. Eficacia equivale a “disponibilidad judicial” (“Gerichtsfähigkeit”): posibilidad actual de que la norma sea empleada³. Similar punto de partida sociológico encontramos en GARRN, para el que “eine Rechtsnorm ist wirksam, wenn sie befolgt oder durchgesetzt wird”⁴. Con ello la validez del derecho se relativiza y nos lleva a la conclusión —admisible sociológicamente, pero no desde una perspectiva filosófico-jurídica— de que “pueden valer uno

³ E. BULYGIN, *Der Begriff der Wirksamkeit*, ARSP 1965 (Beiheft 41), pgs. 55 y 54.

⁴ H. GARRN, *Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsgeltung*, ARSP 1969 (LV-2), pg. 168. La validez fáctica aparece relacionada con la eficacia, sin identificarse con ella: “Die faktische Geltung einer Norm wird deshalb als deren Wirksamkeitschance umschreiben”.

al lado de otro órdenes contradictorios, en la amplitud en que alcance la *probabilidad efectiva* de una orientación *real* de la conducta por ellos”⁵.

El derecho es sólo un instrumento relevante para fortalecer el consenso social respecto a los objetivos propuestos, y con ello la estabilidad, equilibrio y funcionalidad de la sociedad. La sustitución o planteamiento paralelo junto a este del modelo del conflicto, que propone DAHRENDORF, basado en los principios de historicidad, explosividad, productividad y coacción⁶, no afecta a esta conclusión. La búsqueda de una teleología jurídica objetiva en un contorno social planteado como pura tensión conflictual es claramente utópica. El derecho no puede llevar en sí la razón de su propia eficacia, sino que ésta le vendrá impuesta desde fuera por la dialéctica de los conflictos sociales, de la que es simple instrumento.

Por último, dentro del campo de la dinámica social, la aceptación del pluralismo como contextura característica de la sociedad de nuestro tiempo, con la consiguiente renuncia a cánones radicalmente objetivos de valoración social, acentúa igualmente la dimensión instrumental de lo jurídico. El derecho ha llegado a perfilarse como el ordenamiento característico de un mundo secularizado —ya que ha asimilado la crítica de instancias legitimadoras primitivas, que desplazó a la moral de la vida social recluirla en la intimidad personal— y de una sociedad pluralista —cuyo rechace de toda pretensión de axiologías absolutas sintoniza a la perfección con las posibilidades que ofrece un derecho aséptico e instrumental—⁷. Si en épocas de mayor integración ideológica del todo social, el ordenamiento jurídico aparecía legitimado por su conexión con los principios rectores del sistema, al pulverizarse aquélla para dar paso a un fluctuante contrapeso de múltiples concepciones encontradas, la eficacia se convierte en fundamento exclusivo de la pretensión de validez de lo jurídico.

1.1 Las consecuencias de estos planteamientos, en los que el derecho oscila bajo las exigencias de eficacia que socialmente se le di-

⁵ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1964, t. I, pg. 26.

⁶ R. DAHRENDORF, *Sociedad y libertad*, Madrid, Tecnos, 1966, pg. 189.

⁷ M. DRATH, *op. cit.*, pgs. 31 y 33.

rigen en vez de consagrar un propio concepto finalista de la misma, son imaginables. La instrumentalidad de lo jurídico radica elementalmente en su capacidad de establecer un ordenamiento regulador de la dinámica social, revestido a la vez, de cara a su eficacia, de rasgos legitimadores. Cuando se prescinde de cánones objetivos de legitimación (filosóficamente marginados), habiendo descalificado previamente los de naturaleza tradicional-carismática (fenómeno de secularización propio de la Modernidad), la eficacia se convierte en el criterio legitimador óptimo. Pero al manejarse una noción de eficacia de rango metajurídico, mero trasplante de concepciones sociales, su utilización se convierte en campo abierto a toda suerte de manipulaciones por parte de los poderes predominantes de la sociedad. El derecho se legitima con arreglo a una categoría de eficacia consagrada por los grupos sociales dominantes. El derecho acaba por convertirse en el prestigioso ropaje de un puro fenómeno de fuerza.

Por otra parte, el paso del derecho valorador al derecho instrumental y funcional, abierto a un pluralismo ideológico, le coloca en estrecha relación con la problemática política. El derecho, convertido en pura técnica de ordenación estable al servicio de objetivos cuestionables, se politiza, ofreciendo su vacío formal como blanco apetecible de los núcleos influyentes de la vida política del país.

En resumen, asistimos a un claro fenómeno de pérdida de la función ordenadora autónoma de lo jurídico, que se convierte en factor protector de ordenaciones previamente propuestas por quienes cuentan con fuerza o poder social o político. Ante este panorama surge el deseo de encontrar un camino viable a la posibilidad de una apertura del derecho a la dinámica social, que no desemboque en la pugna irracional y arbitraria de las tensiones sociales o de los grupos políticos. ¿Hasta qué punto cabe este planteamiento, sin caer en la utopía de las formulaciones abstractas?

Desde el punto de vista filosófico, el intento supone replantear la posibilidad de una metafísica objetivista, estructurada en torno a lo ontológico, de la que emanen unas pautas permanentes y "materiales" de contenido axiológico. Este tipo de planteamientos ha solido desembocar en una visión del derecho como instrumento al servicio de unos valores, de los que la justicia es el más significativo, siendo a veces enfocado como la suma de todos ellos⁸. Las líneas di-

rectrices de la filosofía contemporánea distan mucho de respaldarla. “La resignada máxima; el hombre no puede encontrar la verdad, pero puede aprender a hacer mejores preguntas, conviene, más que a ningún otro, al problema de la justicia”⁹. La apreciación kelseniana no es sin duda un fenómeno aislado.

Aun solventando este problema previo, se plantea luego la tensión entre el carácter general y abstracto de los principios de justicia obtenibles en base a lo ontológico y la urgencia de unos contenidos concretos, exigidos por la función reguladora del derecho. Las abstracciones de base ontológica, formuladas en un contexto interpretativo pluralista, serían también presa fácil de la capacidad manipuladora de las fuerzas sociales y políticas, tanto por la cuestionabilidad de sus enunciados, como por el hecho de ser susceptibles de apropiación de distinto signo.

El derecho natural, canon ontológico legitimador por excelencia, corre el peligro de quedar reducido a la formulación de principios abstractos. Con ello acabaría por desempeñar la misma función instrumental a la que el derecho está abocado en los planteamientos positivistas. En ese caso el punto de partida iusnaturalista sería absolutamente superfluo. De ahí que siempre la admisión de un derecho de base ontológica haya ido acompañada del estudio de la proyección concreta de sus principios fundamentales.

En el pensamiento tomista este fenómeno se produce gracias al juego polarizado de dos factores: la naturaleza de los seres, de la que obtenemos contenidos objetivos de radical obediencia, y la razón humana que los capta y formula, en base a ellos, principios normativos. Dentro del campo de acción de la razón práctica, a medida que avanzamos en la deducción de principios hacia lo concreto —en especial por vía de determinación—, al ser mayor el papel jugado por la razón humana y disminuir la evidencia de los contenidos objetivos, aumenta la cuestionabilidad de los resultados¹⁰, y con ello la posi-

⁸ En este sentido amplio hablaremos luego de “derecho justo”.

⁹ H. KELSEN, *Las metamorfosis de la idea de justicia*. Incluido en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pg. 245.

¹⁰ “Ratio practica negotiatur circa contingentia, in quibus sunt operationes humanae: et ideo, etsi in communibus sit aliqua necessitas, quanto magis ad propria descenditur, tanto magis invenitur defectus” —*Summa Theologica* 1-2 q. 94 a. 4.

bilidad de injerencias manipuladoras. Hay una paulatina pérdida de proximidad a la objetividad de lo ontológico y un proporcional aumento de la actividad subjetiva de la razón humana, a medida que de los principios más generales nos aproximamos a lo particular.

Si la realización de los contenidos ontológicos obliga a tener en cuenta su proyección coyuntural en lo concreto, las exigencias de la justicia nos llevan tanto a una epiqueya flexibilizadora de las formulaciones abstractas, como a la apreciación de razones de seguridad, que maticen su aplicación. La virtualidad de la objetividad de lo ontológico aparece, por tanto, difuminada y abierta a una posible irracionalización de sus formulaciones.

Esta dualidad: pretensión de objetividad-influencia de elementos relativizadores, en la búsqueda de una racionalización del juego de las fuerzas sociales es de una lacerante actualidad. Son especialmente significativos los intentos recientemente realizados en la filosofía jurídica de habla francesa por fijar los cauces que pongan a salvo la racionalidad de una ética de base no absoluta. PERELMAN aboga por una ampliación del concepto de razón que lo disocie del de verdad. Aspira al establecimiento de unos valores fundamentales, que aun siendo relativos y subjetivos, no caen en la arbitrariedad por haber sido justificados por una argumentación adecuada frente al "auditorio universal" de la razón¹¹. KALINOWSKI, por el contrario, ha planteado el tema de la razón práctica analizando, dentro del marco de la filosofía tradicional, la admisibilidad de proposiciones prácticas —imperativas, estimativas o normativas— "verdaderas" y la posibilidad de su verificación¹². Si no se llega a la articulación de unas pautas objetivas de justicia, o al menos a una racionalización de instancias subjetivas, la posibilidad de llegar a una noción de eficacia propiamente jurídica se diluye, y con ella la virtualidad ordenadora de lo jurídico. ¿Es viable esta articulación?

Por tres veces nuestras consideraciones han culminado en una expectante interrogación.

¹¹ C. PERELMAN, *Cinq leçons sur la Justice en Droit, Morale et Philosophie* París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968, pg. 53.

¹² G. KALINOWSKI, *Le probleme de la verité en morale et en droit*, Lyon, Emmanuel Vitte, 1967, passim.

1.2 La respuesta ha de llegarnos al filo de una reflexión antropológica. Lo propio del hombre es el ejercicio de un actuar libre, que si abre amplios vuelos de plenitud y perfeccionamiento, hace experimentar a la vez la sensación angustiosa de la pérdida de una base firme. El hombre se ve impelido a la búsqueda de un asidero que le ayude a superar esa íntima sensación de “lanzamiento” sin punto de apoyo final, y procura encontrarlo en la solidez de su propia contextura ontológica. Pero su libertad juega a remolque de una racionalidad imperfecta, incapaz de agotar la cognoscibilidad de lo ontológico.

Sólo desconociendo esta realidad podrá aspirar a una formulación tranquilizadora, rebotante de optimismo. Pero con ello habrá vuelto la espalda a su existencialidad concreta, construyendo una geometría deóntica de escasa virtualidad práctica. Sobre ella, ignorando la dinámica social, no cabe estructurar una eficacia propiamente jurídica, ya que el derecho pierde su sentido cuando se le encierra en las líneas asépticas de los postulados abstractos. La racionalidad de éstos, falta del contacto con la realidad ordenable, no incidirá eficazmente en la irracionalidad de las tensiones sociales.

El hilo de nuestras reflexiones parece conducirnos a una trayectoria sin salida. Sin cánones objetivos, superadores de la caótica irracionalidad de las tensiones sociales, el derecho, instrumento vacío de contenido, queda en manos de las fuerzas que estaba destinado a regular. Por otra parte, los principios materiales de base ontológica, ven disminuir la evidencia de sus contenidos al descoyuntarse sobre lo real, y con ella su posibilidad de convertirse en pautas reguladoras permanentes. Parece abrirse una tensa alternativa: o perseguir un *derecho eficaz*, una vez situadas las pretensiones de justicia fuera del campo jurídico, o llegar a una *derecho justo*, cuyos fundamentos quedan sometidos a una cuestionabilidad que amenaza con reducirlos a una total ineficacia.

2. La búsqueda de una vía media ante este dilema nos lleva hacia un planteamiento fenomenológico, característico de la filosofía jurídica contemporánea, que tiende a aplazar —sin negarlo— el enfoque metafísico, para coronar con él la reflexión sobre el derecho.

2.1 Hasta ahora hemos manejado justicia y eficacia como polos contrapuestos, pero ¿se excluyen y disocian realmente? Quizá el

análisis de sus contrarios nos ayude a precisar sus fronteras o incluso nos abra perspectivas sobre un posible acercamiento de ambos factores. GURVITCH, por ejemplo, los engranó ya, dentro de su concepción del “hecho normativo” y de la “autoridad cualificada” basada en él. “Nous ne pouvons admettre une séparation de l'autorité qualifiée et de l'efficience, pas moins que celle de l'autorité qualifiée et de la Justice. Notre conception de l'autorité qualifiée comme “fait normatif” est tout autre”¹³.

Lo que entendemos por derecho ineficaz, ¿guarda alguna relación con lo que entendemos por derecho injusto? Prescindiendo de un planteamiento estrictamente jurídico de la eficacia del derecho, no nos es difícil llegar a unos requisitos mínimos indispensables para el logro de los objetivos de la funcionalidad jurídica.

Entre ellos figura la exigencia de que la actividad jurídica reguladora de la dinámica social se base en un conocimiento lo más perfecto posible, de las necesidades y tensiones que la sociedad experimenta, que evite tanto un desconocimiento de sus implicaciones, como un premeditado escamoteo “ideológico” de sus perfiles. De lo contrario se produciría una situación de desnormalización de aspectos de la vida social, que supondría una espita abierta a su latente irracionalidad¹⁴. El derecho debe estar abierto a los valores que laten en la entraña del fluir social, en su estrato más profundo, previo a la esfera de lo político o ideológicamente manipulable.

Esta necesaria apertura de lo jurídico a la realidad social no deja de tener sus manifestaciones en la determinación del lenguaje a utilizar por el derecho, tema este puesto ahora en primer plano, dado el auge de la problemática lógico-jurídica. Que las necesidades recogidas de la dinámica social queden claramete al descubierto puede ser elemento decisivo para que la probabilidad de obediencia a una norma se multiplique. Es más, en ocasiones el lenguaje utilizado puede llegar a suplir esa conexión real, cuando falta. No carecería de interés reflexionar sobre la presencia en los textos legales de pa-

¹³ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, Pedone, 1935, pg. 122.

¹⁴ N. M. LOPEZ CALERA ha señalado esta correlación desnormalización-irracionalidad social en su reciente libro *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, Editora Nacional, 1969, pg. 73.

labras de mágico efecto en el momento de su creación. Es frecuente que bajo estas expresiones, que facilitan una sintonía social, latan realidades de muy distinto signo. No hay duda del actual auge de en la regulación de instituciones o corporaciones. En un sentido contrario, una regulación que posea ingredientes capaces de garantizar una favorable respuesta social, puede no llegar a lograrla como consecuencia de la utilización de expresiones alejadas del léxico socialmente consagrado para expresarlos.

Por otra parte, esta apertura a la realidad social debe estar matizada por las exigencias de orden técnico tendentes a proteger la armonía del sistema jurídico; y ello no sólo por una inquietud derivada de una interpretación lógico-deductiva de la estructuración del ordenamiento jurídico, sino por imperativo de su eficacia social. Cuando se desconocen los perfiles del sistema jurídico, su crecimiento no es armónico, sino que surge por un proceso de amontonamiento difícilmente compatible con la función racionalizadora del derecho. Una excesiva sintonía con la dinámica social, más ligada a urgencias coyunturales que a sus líneas rectoras estructurales, produciría una regulación anárquica, de difícil interpretación además, dada la escasa permanencia de las circunstancias que les dieron vida.

En resumen, todos estos elementos: oportunidad, armonía sistemática, precisión y actualidad del lenguaje, influyen, entre otros, en la probabilidad de que una norma sea obedecida, punto básico del más rudimentario concepto de derecho eficaz. Pero, a la vez, no hay duda de su repercusión en la posibilidad de una racionalización del arbitrario fluir social. ¿En qué medida contribuiría a ella un derecho ciego al núcleo fundamental de necesidades y valores sociales, vago o excesivamente exhaustivo, anárquico en su estructuración o de terminología inadecuada? Probablemente se convertiría en factor amplificador de la posible irracionalidad previa, e incluso perturbador de los rasgos armónicos presentes también en el fluir social. ¿Cabría considerar a este derecho, aun respaldado por principios teóricamente valiosos, como "derecho justo"? Para que un derecho sea justo ¿basta con que pretenda unos fines o es necesario también que coopere en la práctica a su consecución? Cuando la ineficacia no sólo disminuye la influencia de la norma, sino que la convierte en elemento socialmente perturbador, porque lejos de implantar pautas ra-

cionalizadoras exacerba o provoca el aumento de tensiones irracionales, llega a convertirse en injusticia. Por tanto, en lo que atañe a sus manifestaciones extremas eficacia y justicia del derecho parecen aproximarse.

Moviéndonos aún en este nivel elemental de eficacia, una de las condiciones que el derecho debe lograr es una estabilidad que esté por encima del continuo fluir social. Si el derecho se limita a mantenerse a remolque de las concepciones predominantes, su politización le restaría toda permanencia. Por otra parte, la sucesiva asimilación de puntos de vista contrapuestos atentaría a la necesaria unidad sistemática del ordenamiento jurídico.

Si el derecho quiere ser eficaz, debe ahondar en los problemas fundamentales experimentados por la sociedad. Ha de enfrentarse a los núcleos principales de desequilibrio, ha de salir al paso de los brotes conflictuales que amenacen la permanencia de los marcos fundamentales de la vida social. A corto plazo no sería problemático el respaldo social a unas normas que no asumieran estas funciones, convirtiéndose en instrumento de los grupos prepotentes, pero a la larga la situación se haría insostenible en la medida en que estuvieran en juego el núcleo fundamental de valores de la persona humana. Todos los problemas de la apriórica fijación de cánones conducentes a una eficacia propiamente jurídica —a un derecho justo si se quiere— quedan solventados ante el juicio posterior inapelable que implica el desmoronamiento del orden establecido, o incluso el estallido revolucionario.

MANNHEIM ha planteado la necesidad de una dimensión cualitativa para lograr una efectiva racionalización de la vida social en el ámbito de las conductas. “Sólo cuando los irracionalismos sustanciales llegan a triunfar también en los demás sectores de la vida social por el mecanismo de la sociedad de masas, y amenazan hundir la racionalización, aparece también en el campo de la moral la lucha de creencias, la batalla por contenidos cualitativos”¹⁵. Los conflictos y tensiones, ya se los considere como fenómenos patológicos o como contextura habitual de la sociedad, requieren un adecuado tratamien-

¹⁵ K. MANNHEIM, *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1936, pg. 75.

to que potencie sus aspectos dinámicos y renovadores y elimine sus elementos disolventes y explosivos. El derecho ha de conservar su pretensión reguladora. Si ha de conocer las necesidades y tensiones sociales, no ha de ser para convertirse en puro instrumento de ellas de acuerdo con su respectiva intensidad. La desigualdad de fuerzas de la sociedad exige una corrección equilibradora. Desde un punto de vista estático, el desequilibrio patológico de la sociedad ha de ser corregido mediante una acción de contrapeso. Desde una perspectiva dinámica, el conflicto ha de mantenerse dentro de unos márgenes de erupción, que produzcan energía sin llegar a la explosión violenta. El derecho como amplificador ciego de las fuerzas sociales, no haría sino exacerbar sus manifestaciones patológicas o acercar a un estado crítico sus conflictos.

El derecho no puede marchar sin más, en aras de la eficacia, a remolque de las fuerzas sociales. Debe desmentir tendencias de la sociedad que afecten a un núcleo radical de valores, antes de que la propia dinámica social, en sus vertientes más violentas incluso, le rechace irreparablemente. Es la propia sociedad la que acaba por desbancar un derecho instrumentalizado, puro artificio al servicio de ideologías pasajeralemente prevalentes o de intereses de grupo.

Sea cual sea la dificultad teórica para llegar a unos contenidos indispensables de justicia, la propia experiencia histórica, cuya objetividad no depende de sistemas metafísicos previos, nos suministra un buen cúmulo de datos aprovechables. Si la ineficacia extrema se convierte en injusticia, la injusticia extrema acaba siempre por demostrar su ineficacia para establecer un ordenamiento social estable. Si el derecho no se constituye en elemento ordenador de la dinámica social, acaba siendo arrollado por ella.

Este descalabro de un ordenamiento jurídico desconocedor de valores humanos imprescindibles no suele producirse por generación espontánea. Su desmoronamiento es implacablemente progresivo. Sólo una ceguera, fruto de un desconocimiento del fluir social y de sus vicisitudes, puede confundir su estallido final con un sabotaje imprevisto. Una sensación de injusticia asimilada por ósmosis social suele actuar como masa crítica con más facilidad que la alegada incultura o inmadurez de estratos sociales determinados.

2.2 Ahora bien, nuestras reflexiones paralelas parecen apuntar a una misma consecuencia: un suficiente grado de conocimiento de la dinámica social es factor indispensable para la elaboración de un *derecho eficaz*. Profundizando en ese examen del *fluir social* cabe adivinar además, si no siempre la evidencia de valores que exigen fomento y protección, sí al menos la existencia de procesos larvados de desintegración, denunciadores de situaciones en las que está fracasando la *eficacia jurídica*.

Esta necesidad de perfeccionar los cauces de conocimiento e información de la realidad social que el derecho debe regular parece abocarnos hacia una de las panaceas de la terminología política actual. ¿Habrá mejor método de asegurar la fuente de estos imprescindibles datos, que una efectiva participación social en los momentos más relevantes de la actividad jurídica? Si se garantiza, por medio de unos mecanismos jurídicos adecuados, que la acción incontrolada y manipuladora de fuerzas y grupos sea sustituida por claros cauces de participación social, el problema parece resuelto. Pero para evitar la sugestión del "slogan" es conveniente profundizar en su significado.

Cabe establecer que si se cuenta con unos cauces de participación que faciliten un flúido trasvase de elementos sociales al campo jurídico, se podrá disponer de un diagnóstico más acertado sobre las necesidades a resolver. Por otra parte, gracias a ellos, a la hora de regular un determinado campo de acción, nos vendrán dadas las "reglas de juego", de carácter prejurídico, consagradas por la dinámica social. Se ha llegado a afirmar que bajo estas normaciones sociales laten leyes ontológicas sobre la adecuación de determinados comportamientos¹⁶. El derecho debe respetar e importar esas regulaciones garantizándose con ello favorables perspectivas de eficacia.

En efecto, el derecho apoya su eficacia en un poder que lo respalda. Si este poder es la pura coacción física de un aparato burocrático puede producirse un proceso conflictivo de desgaste por la resistencia de la realidad social. Por el contrario, cuando el derecho aparece apoyado por la potencia de su eco social, desaparece tal fric-

¹⁶ H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1968, pgs. 328 y ss.

ción. El respaldo de un ambiente de autoobediencia social es la mejor garantía de la eficacia del derecho. A largo plazo es más clara la eficacia del que resuelve problemas y satisface necesidades que la del que sólo cuenta con el apoyo de la fuerza. Con la apertura a la sociedad, con la participación social que la garantiza, se rompería la tensión fuerza física-presión social, suavizándola en favor de una mayor eficacia.

Pero con todo conviene no olvidar una distinción puesta de relieve en la filosofía del derecho contemporánea: la perfección del derecho no puede girar exclusivamente en torno a la precisión de su objeto. El derecho implica un *objeto* y un *contenido*. “Los intereses y las tendencias instintivas son ciertamente *objeto*, pero no sin más *contenido* del derecho”. “El *objeto* del derecho sólo puede ser enfocado como *contenido* del mismo, pasando a través del prisma de la valoración”¹⁷. Argumentos similares a los de ENGISCH encontramos en PASINI. El derecho “non è solo ed esclusivamente la protezione, la garanzia di determinati interessi, di date forze sociali, di determinati gruppi di pressione, di particolari situazioni di potere, di specifiche ideologie e del loro svolgimento storico in un regolato processo spontaneo; ma è, invece e soprattutto, un mezzo, uno strumento per influire, in un senso o nell'altro, comunque dinamicamente, sul processo economico-politico-sociale di una data società, considerata in un determinato momento storico”. “Il diritto è valutazione normativa e, per tanto, protezione della realtà storico-sociale”¹⁸.

Esta distinción parece plantearnos la consecuencia de que sólo en un reducido ámbito y con una validez problemática podría convertirse la participación social en fórmula decisiva de esta función valoradora. Pretender hacer derivar del propio *fluir* social los criterios jurídicos valorativos, el *contenido* del derecho, requiere un acuerdo previo sobre la objetividad de esta fuente axiológica, fruto de una difusa plataforma socio-cultural. Ya IHERING, tras subrayar la importancia de la finalidad en la vida jurídica, le buscó este fundamento. El fin está “condicionado y determinado por lo que es sen-

¹⁷ K. ENGISCH, *La idea de la concrección en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968, pgs. 219 y 223.

¹⁸ D. PASINI, *Vita e forma nella realtà del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, pgs. 40 y 88.

tido como condición y objetivo de la vida, y eso no por un individuo aislado, constituido de manera singular, sino por el individuo tipo de esa época determinada, es decir por la sociedad entera”¹⁹. Más recientemente DRATH aplica idéntico planteamiento a la fundamentación de la justicia. “Der immer erneuten Produktion von Recht entspricht eine immer erneute Produktion von Gerechtigkeitspostulaten; *beide* sind der dynamischen Gesellschaft immanent”²⁰. Pero, en principio, la evidencia de esa axiología social no resulta aplastante. El escepticismo de ENGISCH al respecto le lleva a considerarla “más bien una cuestión de “fe” filosófica que científica”²¹. Por ello su incorporación al acervo jurídico habrá de producirse necesariamente por cauces relativizados por su entorno pluralista, vía abierta a las más diversas manipulaciones.

La participación social no logra, por tanto, hacer converger el paralelismo de nuestras reflexiones sobre eficacia y justicia. Es, sin duda, un gran factor en favor del papel instrumental del derecho, pero en cuanto a su función ordenadora fracasa como panacea. “La democratización es un medio de aumentar la eficacia de las fuerzas, tanto positivas como destructivas”²².

Si la injusticia del derecho agudamente ineficaz y la ineficacia del derecho crasamente injusto marcaron unos hitos sobre nuestra reflexión, la participación social se muestra como insuficiente para tender un puente sobre la intermedia tierra de nadie. Es desde luego pensable un derecho imperfecto, y por ello ineficaz, pero no hasta el extremo de producir injusticias; y entra en lo posible un derecho injusto, pero no hasta el extremo de anular su eficacia. KELSEN, cuando moviéndose en otras coordenadas enfrenta eficacia y validez jurídica, llega a análoga conclusión. “Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo”²³. ¿Queda todo este campo al puro arbitrio de los detentadores del poder?

¹⁹ R. VON IHERING, *El fin en el derecho*, Méjico, Cajica, 1961, t. I, pg. 218.

²⁰ M. DRATH, op. cit., pg. 37.

²¹ K. ENGISCH, op. cit., pg. 210.

²² K. MANNHEIM, op. cit., pg. 80.

²³ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963 (3.^a ed.), pg. 142.

3. Sí es claro que los mecanismos de participación social no pueden darnos acabadamente ni de modo exclusivo el *contenido* del derecho, no lo es menos que el detentador del poder no goza de cobertura carismática alguna, aparte la fuerza misma, con la que respaldar sus criterios axiológicos. Partiendo de la insuficiencia de ambas alternativas, juega en favor de la primera su mayor coherencia con el pluralismo ideológico característico de la sociedad actual.

No es vano, por tanto, el esfuerzo por lograr un progresivo perfeccionamiento de los cauces de participación social, estudiando su fluidez, denunciando sus defectos o manipulaciones, para garantizar la apertura de las estructuras jurídicas a la realidad social, indispensable para el logro de un *derecho eficaz*.

Pero, a la vez, la función característica del filósofo del derecho será la búsqueda de una *eficacia propiamente jurídica*, consciente de que el pluralismo que la dignidad humana exige, no debe equivaler a una relativización de los fundamentos de la vida social, que la dejarían en manos del poder político o las fuerzas sociales. Debe buscar la proyección de sus propuestas axiológicas para que ilustren la jerarquía de valores de la sociedad, huyendo de una imposición dogmática de sus criterios y confiando en la utilidad del pluralismo circundante. Si no desmaya en este esfuerzo por dotar de bases racionales a la convivencia, la participación social podrá cumplir también su papel respecto del *contenido* del derecho, contribuyendo así a un acercamiento progresivo de justicia y eficacia, que desemboque en la consecución de una *eficacia propiamente jurídica*.