

Relación cronológica entre la ley y la realidad social: Mención particular sobre la "elasticidad de la ley.

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2017). *Relación cronológica entre la ley y la realidad social: Mención particular sobre la "elasticidad de la ley.* *Ius et Praxis*, 1 (23), 555-578.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/8>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pmAO/Vqp>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Trabajo recibido el 23 de febrero de 2016 y aprobado el 20 de abril de 2016

Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la “elasticidad de la ley”

CHRONOLOGICAL RELATIONSHIP BETWEEN THE LAW AND THE SOCIAL REALITY.
SPECIAL MENTION ABOUT THE “ELASTICITY OF THE LAW”

EDISON CARRASCO JIMÉNEZ*

RESUMEN

El presente trabajo se presenta como un ensayo, siendo una investigación inicial. Parte de la ciencia del derecho se ha referido al problema cuando el derecho va quedando rezagado, en relación a la realidad social que se va modificando a lo largo del tiempo. Quien ha resumido y expuesto estos problemas de mejor modo, según nuestro juicio, ha sido Eduardo Novoa Monreal. Tomando como punto de partida esta base, se propone analizar la capacidad de la ley para adaptarse a las variaciones y/o cambios sociales, a la cual nos referimos con el nombre de “elasticidad”, en contraposición a la ruptura de la elasticidad, que denominaremos como “obsolescencia legal”. Se proponen tres factores normativos y dos factores sociales que intervienen para evaluar esta elasticidad.

ABSTRACT

This paper aims is presented as an essay and an initial investigation. Part of the science of law has referred to the problem when the law is lagging behind, in connection with the social reality that is changing over time. Eduardo Novoa Monreal is the Chilean jurist who has been exposed these problems in a better way direct and systematic. Taking as a starting point this basis, it is proposed to analyze the capacity of the law to the adaptation of to the variations and / or social changes. To this capacity of the law, we refer with the name “elasticity”, as opposed to the breaking elasticity, which we called as “legal obsolescence”. Three normative factors and two social factors involved in evaluating this elasticity are proposed.

PALABRAS CLAVE

Ciencia del derecho - sociología del derecho - adaptación de la ley a la realidad social - elasticidad de la ley.

KEYWORDS

Science of law - sociology of law - adaptation of the law to social reality - elasticity of law.

I. Exposición

Uno de los problemas planteados en el derecho, a propósito de su relación con la realidad social, es la adaptación o actualización del derecho a la

* Doctor en Derecho Penal. Universidad de Salamanca. España. Investigador independiente.

realidad social cambiante. Esto implica considerar necesariamente al derecho en relación a una realidad social no en un momento específico, sino a ésta en su desarrollo en el tiempo.

Es básicamente la posición “antiformalista” la que ha puesto énfasis en esta cuestión, generalmente exhibiendo el problema como una tensión entre el derecho y la realidad social, en la que se representa al primero como adoleciendo de cierta inmovilidad y rigidez, confrontada a la realidad social que va cambiando con el paso del tiempo.

Así, en algunos casos la ley ha sido motejada de “impotente para seguir de cerca la incesante evolución de las necesidades jurídicas”¹. Igualmente, entre las mismas formas jurídicas del Derecho Romano, donde algunas de éstas importaban mayor adaptación a la realidad social que otras².

Por otra parte, Kantorowicz criticaba a la ciencia jurídica de su época como “escolástica”³, exigiendo de ella que estuviera en contacto con la realidad social y en conocimiento de los hechos sociales⁴, desde los cuales el jurista debiera inferir su modelo explicativo⁵, posicionándose de modo crítico ante la ley⁶, con apertura a recoger lo que surge desde el seno de la misma comunidad.⁷ Asimismo Gény, quien exponía los pecados de la ciencia jurídica como “excesos del procedimiento tradicional de interpretación jurídica”⁸ ante los cuales se debía reaccionar de modo enérgico⁹, aceptando la incorporación de otras ciencias y/o disciplinas que coadyuvara al objeto de estudio del derecho¹⁰.

¹ GÉNY (1925), p. 7.

² “De ahí aquel dualismo que se arrastra por todo el sistema del Derecho Romano; aquella contraposición, no resuelta, de formas rígidas y una libre movilidad, de un rigor literal y una equidad sin trabas”. KIRCHMANN (1983), p. 19.

³ KANTOROWICZ (1949), p. 328.

⁴ “Nosotros, en cambio, aspiramos hacia una literatura [científica] del porvenir que, además de enseñar la ley, nos exponga las situaciones de la vida”. KANTOROWICZ (1949), p. 368.

⁵ KANTOROWICZ (1949), p. 342.

⁶ Es así como en Kantorowicz, debiendo ser la ciencia jurídica “crítica” del derecho estatal, “una vez que se haya conseguido desenmascarar a la ley, la ciencia no se contentará ya con el papel de humilde sirvienta del legislador, de ser su altavoz”. KANTOROWICZ (1949), pp. 336 y 342.

⁷ KANTOROWICZ (1949), p. 342.

⁸ GÉNY (1925), p. 7.

⁹ Dicha reacción en el Derecho Civil en Italia en D’AGUANNO (1894); POSADA (1898). Confróntese GÉNY (1925), p. 10.

¹⁰ “Pero queda la duda, examinadas las cosas despacio, acerca de sí, por muy lejos que se vaya en el cultivo de estas nuevas ramas [ciencias sociales, política y económicas], y en tanto que el *arte jurídico*, como desdeñosamente se llama, *conserva su carácter exclusivista, y en cierto modo ideal*, bastará a

Es posible reconocer en la apreciación de los autores, tres observaciones sobre los modos de desadaptación del derecho a las modificaciones sociales:

1. Desadaptación de la ley en relación a las modificaciones sociales.
2. Incongruencia de la ley en relación a otras leyes, que sí habrían de encontrarse teóricamente en consonancia con la realidad social.
3. Desadaptación de la jurisprudencia y/o de la doctrina del derecho, ante las modificaciones sociales.

Estas tres cuestiones que se encuentran de un modo atomizado entre los distintos autores, en Novoa Monreal aparecen expuestas de modo conjunto, según como veremos a continuación.

II. Problema general en Novoa entre el derecho y el cambio social

Podemos identificar en Novoa la exposición de un problema general y tres problemas específicos en la relación entre derecho y la realidad social y, específicamente, en la relación entre la adaptación del derecho a las modificaciones sociales.

El problema general es la confrontación entre derecho y cambio social, entendiéndose por derecho no solo la ley, sino, además, el trabajo de interpretación, exégesis y sistematización realizado a la ley.

Así Novoa expresa:

“Deberíamos imaginar que en el mundo empezó a aplicarse ya un nuevo Derecho que responde a tan alteradas exigencias sociales. La sorpresa para todos, salvo para la generalidad de los juristas, que parecen impermeables a esta clase de confrontaciones, es que el Derecho, salvo mínimas y en su mayor parte irrelevantes modificaciones parciales, no ha acusado manifiestos cambios”¹¹.

Tal problema general se traduce en detalle cuando surgen conflictos entre las leyes existentes y el cambio social, sea que el conflicto se produzca entre las leyes que dictándose intentan satisfacer las necesidades que provienen de dichos cambios y las leyes tradicionales¹², sea que dicho conflicto se produzca en el trabajo científico y la realidad social.

corregir o siquiera a atenuar los reproches que se dirigen a éste, limitado a la pura y simple interpretación de los textos legales” [resaltado del autor]. GÉNY (1925), p. 3.

¹¹ NOVOA MONREAL (1975), pp. 44-45.

¹² “Las materias en las que la enorme mayoría de la población espera algo de aquello que constituye el sistema jurídico del país, versan preferentemente sobre formas de injerencia y regulación del Estado en las actividades económicas y pertenecen, por ello, al Derecho económico, que es íntegramente Derecho moderno, o al Derecho administrativo o, incrementado y desarrollado grandemente con

III. Problemas específicos entre el Derecho y la vida social cambiante

Los problemas en específico se tratan y se exponen por el autor de la siguiente forma:

a) El de la “incongruencia” –como le denomina Novoa– entre la ley y la realidad social cambiante.

b) La confrontación entre la ley de contenido liberal-burgués y las leyes fundadas en los cambios sociales, fenómeno que Novoa denomina como “disociación legislativa interna”.

c) La “incongruencia” entre la Ciencia del Derecho y el cambio social.

1. “Incongruencias” ley/modificación social

El primer problema de los anunciados es designado de modo genérico por Novoa con el término de “incongruencia”¹³, el cual lo fundamenta como la contraposición entre “Derecho socialmente imperante” y el “Derecho formalmente impuesto”¹⁴. “Es inevitable –expresa Novoa– que se produzcan incongruencias entre la realidad tan compleja [y] la preceptiva legal, tan defectuosa en su elaboración”¹⁵.

Básicamente, la exposición de Novoa sobre el punto es considerarla como un divorcio de la legislación con la realidad¹⁶, porque “el derecho se ha estancado y ha quedado muy atrás respecto de las veloces y hondas transformaciones que viven las sociedades del momento actual”¹⁷, donde “nuevas formas sociales prescinden en gran medida de los cánones jurídicos, siendo que el Derecho no se ha renovado a sí mismo y no tiene qué ofrecer a esa nuevas formas”¹⁸.

esas ‘leyes nuevas’, o conciernen a sus condiciones de trabajo, dependiente o independiente, caso en el cual quedan regidas por códigos laborales o del Trabajo o por leyes reguladoras ajenas a toda la legislación tradicional. O sea, se trata de todo un conjunto legislativo que entra de lleno en un marco que posteriormente hemos de señalar que encierra a aquello que se denomina ‘Derecho social’”. NOVOA MONREAL (1975), pp. 18-19.

¹³ NOVOA MONREAL (1987), p. 291.

¹⁴ NOVOA MONREAL (1975), p. 29.

¹⁵ NOVOA MONREAL (1985), p. 228. Y lo mismo en NOVOA MONREAL (1987), p. 291 (“... necesariamente han de existir incongruencias entre la realidad, su normativa y una teoría que en torno de ésta se formule, por altamente racionalizada que llegue a ser y por mucho que acuda a pautas sistemáticas, generales y comprensivas”).

¹⁶ NOVOA MONREAL (1968), p. 18; (1985), p. 154.

¹⁷ NOVOA MONREAL (1985), p. 80.

¹⁸ NOVOA MONREAL (1968), p. 7.

Para salvar este problema se procura “amoldar la sociedad a las formas de un Derecho superado, cuando no caduco”¹⁹.

Esto ocurre generalmente porque las leyes en las legislaciones escritas y positivas, el contenido obligatorio, una vez dictadas, se fija y se cristaliza. Pero la vida social tiene una movilidad, donde la sociedad está sujeta a diversos cambios como si fuese un organismo vivo. Es esta movilidad frente a dicha cristalización, que hace que las normas se desconecten de las realidades sociales a las que están llamadas a ser aplicadas.

Es así como el autor esquematiza estas diferencias del siguiente modo²⁰:

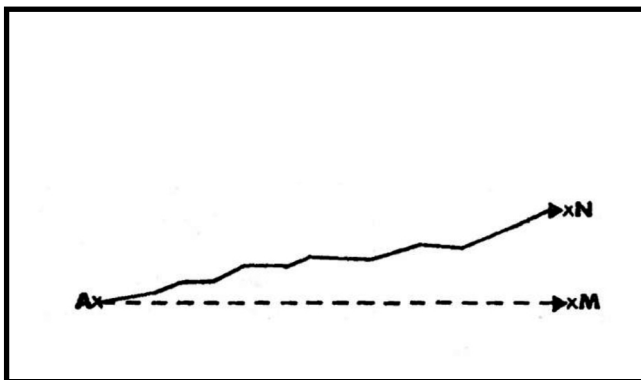


Figura 1.

La explicación para esta figura que proporciona Novoa es la siguiente:

“Caso de una ley que se va haciendo cada vez más inadecuada a las necesidades sociales. Explicación: punto A = momento en que la ley entra en vigencia; *línea segmentada recta A-M* = proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N*: proyección en el tiempo de la vida social cambiante”²¹ [el resultado es del autor].

¹⁹ NOVOA MONREAL (1968), p. 12.

²⁰ Las figuras han sido extraídas del propio Novoa. NOVOA MONREAL (1975), pp. 35-38.

²¹ NOVOA MONREAL (1975), p. 35.

Y además la siguiente figura:

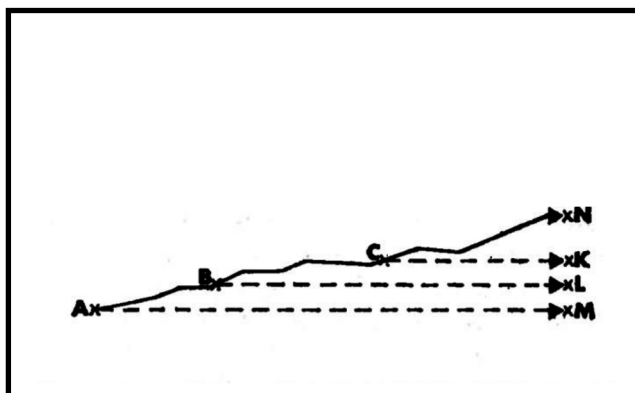


Figura 2.

Explica el autor respecto de ésta lo que sigue:

“Caso de una ley que es modificada repetidas veces por el legislador para tratar de adecuarla a las cambiantes necesidades sociales. Explicación: *punto A* = momento en que la ley entra en vigencia; *punto B* = momento en que la ley es modificada por primera vez; *punto C* = momento en que la ley es modificada por segunda vez; *línea segmentada A-M* = proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N* = proyección en el tiempo de la vida social cambiante; *línea segmentada B-L* = proyección rígida en el tiempo de la primera modificación de la ley; *línea segmentada C-K* = proyección rígida en el tiempo de la segunda modificación. Puede advertirse que aunque la ley sea modificada, de inmediato vuelve a separarse la cambiante realidad social”²² [el resaltado es del autor].

2. “Disociación legislativa interna”

Para comprender el segundo de los problemas, Nova relata cómo después de las grandes guerras (1ª y 2ª) se produce un aumento de las leyes en general que es conceptualizado como desmesurado, generando así una maraña y atiborramiento de las leyes, cuestión que se agudiza con la falta de sistematización de las mismas. El problema más agudo es, principalmente, la disociación entre las leyes antiguas y las nuevas, por la preexistencia de un conjunto de leyes de

²² NOVA MONREAL (1975), p. 38.

origen liberal-burgués e individualista, en contraposición a leyes que tienen un fin más bien social y el reflejo de una fuerza social pujante²³.

Novoa entiende por ideología liberal-individualista o liberal-burguesa aquella que es expresión del liberalismo y capitalismo ascendente en Europa, la cual se funda en el desarrollo teórico de las ideas de Hobbes, Locke, Spencer, Kant, Adam Smith, y aun Malthus, ideas que se debaten entre la libertad y la seguridad como valores primordiales y en una oposición a la solidaridad social. Importancia tiene un sector del protestantismo, sobre todo de EUA (sin aludirlo directamente), el cual se funda en el capitalismo –la cual, en estricto rigor, es una idea de Weber–, y como sostiene Ripert, habría impregnado todo el derecho francés, y que Novoa hace extensivo, por la influencia en sus codificaciones, a Latinoamérica. Tal doctrina no sólo “se encuentra enquistada allí [la legislación latinoamericana surgida de la codificación], sino que en muchísimas oportunidades hace sentir activamente su presencia para amparar intereses o preservar situaciones establecidas disfrazándose de teoría jurídica válida, permanente y universal, siendo que no es sino una doctrina política”²⁴. Tal ideología reflejaría intereses de clase, fijaría formas de vida conservadoras e instrumento de sacralización de distorsiones del funcionamiento social²⁵.

Entre ambos tipos de leyes –leyes antiguas liberales y leyes con fin social– se produciría el fenómeno de lo que Novoa denomina como “disociación legislativa interna”²⁶.

3. “Incongruencias” teoría (Ciencia del Derecho)/realidad social

El tercero y último de los problemas es el de la ciencia del derecho y la realidad social, esta última, en tanto cambio social.

Novoa comprende por Ciencia del Derecho: “aquella que estudia los fenómenos jurídicos por la vía de su análisis racional y su ordenación sistemática, a fin de obtener una comprensión profunda de sus fundamentos, de sus características esenciales y de las relaciones que median entre ellos”²⁷. Y sobre esta ciencia se pregunta si concurre de forma satisfactoria para proporcionar soluciones adecuadas al problema normativo social, respondiendo negativamente:

²³ NOVOA MONREAL (1975), pp. 211-212.

²⁴ NOVOA MONREAL (1975), p. 127.

²⁵ NOVOA MONREAL (1975), pp. 211-212.

²⁶ NOVOA MONREAL (1975), p. 24.

²⁷ NOVOA MONREAL (1975), p. 68.

“porque el Derecho como ciencia ha sido elaborado sobre la base de postulados que ya no tienen real vigencia social, por corresponder a etapas históricas superadas, y se ha mostrado y se sigue mostrando enteramente incapaz de percibir su obsolescencia y de reaccionar con el fin de salir de su marasmo, de convertirse en un instrumentos de verdadera utilidad para una eficiente organización social y de colmar los requerimientos de las comunidades humanas del presente”²⁸.

Se produce, según el autor, porque la dogmática penal sufre de un “estéril exclusivismo”²⁹, transformándose en una “moderna escolástica”³⁰, con “afirmaciones apriorísticas y los razonamientos puramente abstractos, con olvido de la realidad humana y social que está dentro de todo problema criminal”³¹, lo que genera una desconexión con la realidad e “incongruencias entre la realidad, su normativa y una teoría que en torno de ésta se formule”³².

Esto lo grafica con la disputa causalista-finalista en la ciencia penal y su “bizantinismo”³³ alejado de los problemas reales³⁴. El fundamento de su razonamiento lo basa en la idea que la ley es obra de hombres, de una ley con “vacíos, contradicciones y olvidos”³⁵, y que, por lo mismo, toda sistematización dogmática es construida sobre esta base. “Todo esto permite apreciar la forma –señala el autor– en que una elaboración dogmática arriesga alejar al jurista de la realidad y lo que ella puede contribuir a que pierda un equilibrado sentido crítico”³⁶. Este desfase se trata de salvar “forzando las nuevas instituciones sociales dentro de las antiguas e inapropiadas categorías jurídicas. Pero como la realidad es más fuerte que cualquier intento de desconocerla o deformarla, pierden con ello prestigio las categorías jurídicas, y cada vez en mayor grado la sociedad en vital y pujante desarrollo se va acostumbrando a prescindir de marcos que no van bien con sus necesidades”³⁷.

²⁸ NOVOA MONREAL (1975), pp. 68-69.

²⁹ NOVOA MONREAL (1987), p. 241.

³⁰ NOVOA MONREAL (1987), p. 292.

³¹ NOVOA MONREAL (1987), p. 240.

³² NOVOA MONREAL (1987), p. 238.

³³ NOVOA MONREAL (1987), p. 291.

³⁴ Y ante el cual encuentra una “reacción saludable”, la de la moderna doctrina penal alemana representada en Jescheck y Roxin, y en España por Gimbernat. NOVOA MONREAL (1987), pp. 238-239.

³⁵ NOVOA MONREAL (1987), p. 240.

³⁶ NOVOA MONREAL (1987), p. 241.

³⁷ NOVOA MONREAL (1968), p. 12.

Es así como los modelos deben tener una repercusión en la aplicación práctica de la ley penal.

“Las elaboraciones dogmáticas –señala Novoa– jamás debieran ser consideradas como conclusiones absolutas, sino, a lo sumo, como modelos aprovechables por el penalista para una mejor ordenación de su estudio metódico del hecho criminal y de su autor en sus aspectos normativos, modelos que habrán de ser esquemáticos, dúctiles para su buena adaptación a la realidad concreta y, en todo caso, eminentemente relativos, a fin de que nunca puedan sobreponerse a las exigencias o circunstancias de ella”³⁸.

4. Formas de solución de los problemas anteriores

Novoa no está tan de acuerdo con las reformas legislativas.

En efecto, el autor considera que las reformas legislativas que van en el sentido de enmendar a la ley para ajustarse al “cambio social”, en muchos casos son “parches”, que traen el problema de no ajustarse al espíritu de las leyes reformadas, al ser las nuevas leyes distintas en espíritu y ser absorbidas por la intención de aquéllas, lo que conduce a un quiebre sistemático de la coherencia en razón de pertenecer ambos grupos de leyes a espíritus diversos que dificultan la interpretación jurídica³⁹. Se obtiene así leyes inarmónicas, que pugnan entre sí, carentes de vertebración, donde aparecen leyes que tratan de conciliar ideologías y criterios divergentes de quienes participaron de su elaboración⁴⁰.

Para salvar estos problemas, Novoa propone algunas cuestiones metodológicas que lo superen:

a) Hacer primar legislativamente el interés colectivo o general por sobre el interés privado.

b) Desarrollar en la legislación la idea de los deberes sociales para “equilibrar al sistema jurídico individualista basado en la exaltación desmesurada de los derechos individuales”⁴¹.

c) Determinar el “proyecto concreto de vida social”⁴², mediante la sociología.

d) “Conceptos nuevos que reemplacen los ya obsoletos”⁴³.

³⁸ NOVOA MONREAL (1987), p. 240.

³⁹ NOVOA MONREAL (1975), p. 59.

⁴⁰ NOVOA MONREAL (1975), p. 26.

⁴¹ NOVOA MONREAL (1975), p. 181.

⁴² NOVOA MONREAL (1975), p. 198.

⁴³ NOVOA MONREAL (1975), p. 180.

e) Uso de métodos deductivo e inductivo, con prioridad del inductivo.

f) Que la interpretación sea una manera apropiada de actualizar la ley escrita: así por “manera apropiada”⁴⁴ entendería el autor lo siguiente:

i. Aplicación de la “*epiqueya*”, esto es, el sustraer a un sujeto en un caso concreto de la aplicación de una ley específica, cuando el sentido de la ley escapa al mandato general que ella contiene.

ii. Aplicación de la interpretación progresiva para ajustar la ley a las nuevas circunstancias de la vida social, siempre y cuando se tengan presentes ciertos límites:

- que la adaptación sea hasta donde permita el tenor literal de la ley⁴⁵.
- que se tenga en consideración que la ley dictada forma parte de un sistema de Derecho preexistente en que por su introducción se producen “relaciones activas y pasivas con las demás disposiciones del mismo sistema”, donde tanto la ley impacta al sistema, como ella es afectada por el sistema al que se incorpora, produciéndose así “corrientes comunicantes de transformación en uno y otro”⁴⁶.

IV. Concepción de “cambio social”

Novoa no define lo que es “cambio social”, pero señala una serie de características y elementos que sirven para conceptuarlo.

El autor hace uso de ideas que se asimilan a un concepto de “cambio social”, por ejemplo, “progreso social”, “avance de las estructuras sociales”⁴⁷, “avance social”, “nuevas tendencias político-económicas”, “nuevo horizonte cultural”, “transformaciones sociales rectificadoras”, “proyectos concretos de vida social”⁴⁸. En otro prisma, el cambio social se orienta sobre la idea de movimiento social:

“mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales”⁴⁹.

Y ya yendo al detalle, señala algunas cuestiones que consistirían en dichos cambios:

⁴⁴ NOVOA MONREAL (1975), p. 206.

⁴⁵ NOVOA MONREAL (1975), p. 207.

⁴⁶ NOVOA MONREAL (1975), pp. 208-209.

⁴⁷ NOVOA MONREAL (1975), p. 13.

⁴⁸ NOVOA MONREAL (1975), p. 14.

⁴⁹ NOVOA MONREAL (1975), p. 16.

- Cambios científicos y tecnológicos.
- Cambios en la óptica científica: en la idea de racionalidad y regularidad por la de irracionalidad [Freud], incertidumbre y azar [Heisenberg].
- Cambios profundos en las estructuras económico-sociales: régimen liberal individualista, ascenso del capitalismo, existencia de sociedades transnacionales, el surgimiento del Derecho Económico, Administrativo y Fiscal.
- Cambios en la idea del Estado gendarme por el Estado de bienestar.
- “Alarmantes perturbaciones” en el medio ambiente por causa del hombre: agotamiento de los recursos naturales no renovables, desequilibrio ecológico, contaminación ambiental, la radiación nuclear.
- Nuevas manifestaciones sociales humanas: explosión demográfica, atracción urbana de la población rural, excesiva concentración poblacional, desintegración familiar, sentimiento de desarraigo y soledad, tendencia al escapismo vía drogas y alcohol, abandono de las formas tradicionales.
- Desarrollo cultural.
- Creación de organizaciones supranacionales⁵⁰.

Tal cuestión se hace más notoria, mientras la modificación social es a su vez más ostensible. Esto es así, en aquellos casos en que el mundo ha adquirido una movilidad muy importante, de modo tal que las transformaciones han aumentado la brecha entre la ley y la realidad social, tales como las nuevas condiciones de la vida social, los avances tecnológicos y científico-biológicos, la introducción del azar en la física y la psicología que privilegia lo irracional e inconsciente del hombre, el cambio de las estructuras económico-sociales por un capitalismo a gran escala, los problemas medioambientales, la explosión demográfica que produce éxodo rural a la ciudad y desintegración familiar, y el aumento de problemas síquicos como consecuencia de esto último.

V. Inferencias a partir de las reflexiones de Novoa

1. El concepto de “cambio social”

En primera instancia, se ha de entender que Novoa formula la idea conceptual de “cambio social” afincado en el contexto social vivido en su época, en su concepción doctrinaria fundada en un socialismo cristiano y, a consecuencia de ello, la participación activa en la política de la época de la vía democrática al socialismo de los años 1907-73⁵¹. De algún modo, el “cambio social” para Novoa es sinónimo de justicia social. Señala Novoa de su libro *El Derecho como obstáculo al cambio social* lo siguiente:

⁵⁰ NOVOA MONREAL (1975), pp. 40-45.

⁵¹ Véase VILLALONGA TORRIJO (2008).

“En ese libro sostengo que el Derecho que se dicta y aplica en países como los nuestros tiene por clara finalidad el impedir que sobrevenga una modificación importante del sistema jurídico-social imperante. Casi todas las leyes –salvo unas poquísimas que con mucho estudio y perspicacia pueden ser utilizadas como resquicios– están destinadas a la preservación de ese sistema, por injusto que éste sea. Lo anterior no significa sostener una contradicción insalvable entre el Derecho y el cambio social, porque puede concebirse –y sería conveniente elaborar– otro sistema legal que facilitara la formación de una sociedad más justa⁵².

Esto hace que observe las modificaciones sociales ocurridas entonces con buenos ojos, ya que ellas propendían a satisfacer un proyecto político social con objetivos de justicia social, que en Chile era apreciado por algunos sectores como una forma de solución a la postergación social y económica de la ciudadanía en general.

Por ello, hemos de inferir un concepto de “cambio social” de las palabras de Novoa. Para ello, se aprehenderán ciertas caracterizaciones que realiza Novoa de su concepto de “cambio social”, tales como utilizar como sinónimas las expresiones de “avance” y “progreso social”, y de “transformaciones sociales rectificadoras”, y las diversas características que Novoa otorga para representar el concepto, cuestiones todas que podríamos resumir en un único significado: mejora en el proyecto de vida social concreto del ser humano.

En base a ello, la clase de *cambio social* a la que se refiere Novoa, no podría entenderse sólo ni como una mera mutación de las estructuras sociales, ni como una modificación social por la aparición de nuevas formas de producción en las relaciones sociales –o “aceleración” social del tiempo⁵³–, sino en la medida en que dicho cambio, ya sea conyuntural o estructural, esté referido u orientado hacia una mejora o ventaja social humana. Esto excluiría las ventajas sociales funcionales (funcionalismo), meramente individuales (neoliberalismo) o colectivizantes (marxismo ortodoxo-estalinista y maoísta) como propósitos centrales.

En este nivel, la fundamentación de Novoa sobre las leyes que se encuentren concordantes o armónicas con el cambio social, se piensa en el sentido que dicho cambio represente una ventaja del proyecto social concreto humano. Ello implica que no toda modificación en las relaciones sociales habrá de dar como resultado un cambio social, ya que puede que dichas modificaciones sean contrarias al proyecto de vida del ser humano. Por ejemplo, un cambio social puede tener por consecuencia la liberalización de la economía con

⁵² HOY (1984), p. 21.

⁵³ KOSELLECK (2003).

costes humanos, generar, por ejemplo, esclavitud encubierta. En este sentido, cualquier modificación social, consista o no en una mejora en el proyecto de vida humano, podrá ser un cambio social, pero no en el significado propuesto por Novoa, porque no tiene por consecuencia favorecer la vida social y el proyecto concreto del hombre, sino todo lo contrario. Por ende, no toda ley nueva lleva en sí misma, y por ese solo hecho, el signo del *cambio social* ventajoso del proyecto de vida concreto humano.

Por otro lado, y por ejemplo, una simple innovación tecnológica o el cambio de denominación de la moneda actual, por no tener una profunda modificación, respondería meramente a una *variación social*.

2. Los fenómenos de *agonía iussocial* y *antagonía iussocial* a partir de la incongruencia ley/realidad social y ciencia jurídica/realidad social y la “disociación legislativa interna”

En todos los casos señalados por Novoa –“incongruencia” entre ley y realidad social; “disociación legislativa interna”; incongruencia teoría/realidad social– existe, o una realidad social que se ha modificado ante una ley sin actualizar en torno a este cambio, una ley que fundada en esta realidad social modificada se confronta a leyes internas dictadas en un tiempo diferente y que no van en el mismo sentido de las primeras, o una ciencia del derecho sin capacidad de respuesta adecuada ante el cambio social.

Esto se traduciría básicamente en tres fenómenos:

1) La “incongruencia” entre la ley y la vida social, en razón que la primera va perdiendo actualidad en relación a los movimientos propios de la vida social, los que por su naturaleza rezaga a la ley en su relación con éstos. Denota ello una falta de capacidad de adaptación de la ley a dichos movimientos de la vida social, movimientos que se producen por el paso del tiempo.

En un lado tenemos las *variaciones sociales* y, por el otro, a los *cambios sociales*.

Las *variaciones sociales* pueden dar origen a simples faltas de concordancias entre la ley y la realidad social, por razones técnicas y/o de forma, como en las expresiones de la ley que pueden quedar en desuso, frente a avances tecnológicos o por ciertas modificaciones técnicas, sin que supongan *cambios sociales*.

Dichos avances o modificaciones pueden entrar al campo de objetos que integren el contenido de la ley, aunque sin que ello incida en la valoración acerca de su impacto positivo o negativo al proyecto social y de vida concreto del hombre. Puede que la ley nombre una serie de elementos en los que se cuenta tecnología y ciencia, por ejemplo, cuando se nombra “automóvil”,

“reloj”, etc. Estos son casos en que la ley puede adolecer de *obsolescencia legislativa*, y con ello, la pérdida de la capacidad de adaptación de la ley a la realidad social cambiante. La relación de la ley con la realidad social, en este caso, es de actualización/obsolescencia.

Por otro lado, según ya lo hemos dicho, existen los *cambios sociales*. La ley puede encontrarse en “debe” respecto del *cambio social* ventajoso, con lo cual también puede encontrarse en una falta de capacidad de adaptación con éste. Al no responder adecuadamente, colisiona con dicho cambio, convirtiéndose en un obstáculo al cambio social, aunque no como un obstáculo por *antagonía* a dicho cambio, cuestión que ha de ocurrir en los casos activos de obstaculización al cambio social –leyes ideológicamente opuestas y antitéticas a leyes fundadas en el cambio social, ciencia del derecho antitética al cambio social–, sino más bien de modo pasivo y como consecuencia del avance del tiempo, donde la ley pierde “vida” en la medida que se aleja de un cambio social progresivo. Por ello, dicha obstaculización al cambio social se produce por *agonía* de la ley en su capacidad de adaptación a dicho cambio social. Ésta es la razón por la que designaremos a este óbice al cambio social como *obstáculo agónico*, y al fenómeno como *agonía iussocial*.

3. La “disociación legislativa interna”, esto es, la inarmonía entre la veterolegislación y las leyes nuevas, por ser las primeras de origen liberal-burgués e individualista, y las segundas, de contenido social

Podríamos en este caso señalar que la diferencia es básicamente *cronoideológica*, ya que el tiempo de diferencias en la dictación de la ley sólo es relevante en la medida en que las leyes antiguas y las nuevas se fundan en “ideologías” (en cuanto este término toma el significado manejado con posterioridad a Marx⁵⁴) contrapuestas. Pero dicha contraposición no es cualquiera: ha de ser la de una ley cuya ideología fundante es el liberalismo burgués, y por hoy habría que señalar como su nueva versión, al neo-liberalismo. Tales leyes son ideológicamente opuestas en sentido absoluto, a los proyectos de vida social que consideren a todos los hombres en sus proyectos de vida concretos, como proyectos de realización y autorrealización.

La contraposición social al *cambio social* habría de ser una confrontación directa, donde el obstáculo importa ser una barrera o muro de contención puesto en el camino, y no sólo un impedimento que retarda los ajustes al cambio social: existe no una *agonía*, sino más bien una *antagonía* y, por ende, un *obstáculo antagonico*, con lo que el fenómeno habría de ser de *antagonía iussocial*.

⁵⁴ LARRAÍN (2008).

Como puede notarse, no hay lugar a las *variaciones sociales* aquí, y sólo a los *cambios sociales*.

4. La incongruencia entre ciencia jurídica y realidad social cambiante

Esta cuestión se deriva, en parte, de los dos fenómenos anteriores.

Por un lado, se encuentra aquella ciencia jurídica que se apega a la ideología liberal-burguesa en la que se funda la veterolegislación, con lo cual las interpretaciones serán siempre en oposición al cambio social. En este caso dicha ciencia jurídica habrá de ser antagónica.

Por otro lado, se encuentra la actitud de la ciencia jurídica de no usar ni construir instrumentos, herramientas o recursos teóricos que, sin revertir el texto de la ley, abran la interpretación al cambio social. Esto implica seguir el sentido de la ley que pierde adaptación al cambio social, con lo cual es agónica.

VI. Incongruencia entre ley y realidad social cambiante vista en detalle. Capacidad de adaptación a la realidad social en el tiempo o la *elasticidad* de la ley

El primero de los problemas anteriores, como se pudo ver, es la incongruencia entre la ley y los movimientos en el tiempo de la realidad social, lo cual siendo una incongruencia cronológica, expresa una falta de capacidad de adaptación de la ley ante la realidad social. A esta capacidad de adaptación de la ley a la realidad social frente al transcurso cronológico, denominaremos *elasticidad de la ley* o, simplemente, *elasticidad*⁵⁵.

Ahora bien, para determinar la capacidad de adaptación de la ley ante la realidad social cambiante, fuere producto de una variación social o ante un cambio social, es posible inferir ciertos factores que, a nuestro juicio, intervienen en dicha determinación.

Existen por un lado *factores normativos*, los cuales se encuentran directamente relacionados con la hermenéutica jurídica, puesto que es la relación necesaria entre la ley escrita y su interpretación desde donde surge la elasticidad de una ley. Y esta relación habría de rezar lo siguiente: la hipótesis de la ley habrá de prevalecer si el trabajo hermenéutico no demuestra su incapacidad de descripción o referencia a hechos (de la realidad social), esto es, el no demostrar

⁵⁵ En Italia, ALIMENA, cuando señala “la ley escrita debe estar dotada de cierta elasticidad (elasticidad en buen sentido) para poder adaptarse a todos los casos y a todos los hombres, pero debe estar contenida dentro de ciertos límites bien definidos”. (ALIMENA (1915), p. 222). Aunque su referencia no está orientada a la ley en relación a la realidad social cambiante. En Chile, OSSANDÓN ya hace uso anteriormente de una idea semejante cuando utiliza la expresión “términos con elasticidad” en la gramática legal y para el derecho penal. OSSANDÓN WIDOW (2009), p. 175.

su *obsolescencia legal*. Los factores normativos representan los criterios que, en conjunto, permiten evaluar hermenéuticamente la elasticidad de la ley. Mientras dichos factores se mantengan dentro de límites hermenéuticos aceptables, es posible hablar de adaptación de la ley a la realidad social cambiante.

A este límite hermenéutico aceptables llamaremos *límite de elasticidad*. A la pérdida de elasticidad definitiva, que es la superación del límite de aceptación del límite hermenéutico, nos referiremos con el término *ruptura de la elasticidad* u *obsolescencia legal*.

1. Factores normativos de la elasticidad

Existen, a nuestro entender, tres *factores normativos* fundamentales en la determinación de la adaptación de la ley a la vida social cambiante:

- a) El tenor literal (*verba sententia*⁵⁶).
- b) La razón legal (*ratio legis*⁵⁷).
- c) El objeto de regulación (*ocassio legis*⁵⁸).

La inexistencia de algunos de estos, convierte a la ley en un texto obligatorio, pero sin un fundamento o correlato mínimo con la realidad social cambiante.

Por *tenor literal* (*verba sententia*) hemos de entender lo que usualmente se comprende para el ‘elemento gramatical’ como método de interpretación⁵⁹. Ello implica que el ámbito de análisis habría de ser la expresión formal de una relación social, a la que el derecho se refiere para su regulación en la expresión lingüístico-normativa.

Por *razón legal* (*ratio legis*) se ha de colegir el fundamento teleológico de la disposición legal o la ley en su totalidad, su fin, esto es, el *para qué* de su regulación o prescripción.

Esto, en el derecho penal, no puede ser confundido con el bien jurídico, plegándonos, en este punto, al fundamento señalado por Roxin⁶⁰. Por ejemplo,

⁵⁶ Ver GUZMÁN BRITO (2007).

⁵⁷ Para este caso preferimos esta locución latina, y no la de *ratio iuris*, como en Ducci, ya que dicha *ratio iuris* se refiere al derecho en general; en cambio, la *ratio legis* sólo a la finalidad de la ley. Para nosotros la *ratio iuris* solamente puede ser establecida como resultado de la congruencia entre la ley y el derecho vivo. Ver DUCCI CLARO (1997), p. 120.

⁵⁸ Ver DUCCI CLARO (1997), p. 120; DE LOS MOZOS (1991), p. 138.

⁵⁹ De la clásica distinción que Savigny explicita “el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro. Consiste, por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador”. SAVIGNY (1949), p. 83.

⁶⁰ En efecto, señala el autor, respecto de lo que él llama el “concepto metodológico de bien jurídico”, lo siguiente: “De este modo se diferencia [el concepto crítico de bien jurídico] del llamado «concepto

en el delito de infanticidio, el antiguo fundamento de la honra de la mujer para la disminución de su punición sería la *ratio legis* de la disposición, pero no incide en la definición del bien jurídico, ya que, en el ejemplo, el bien jurídico habría de ser la vida del sujeto pasivo.

El *objeto de regulación* (*ocassio legis*) se refiere al contenido de la regulación, el *porqué* se está regulando o prescribiendo un hecho, acto, acción o relación. En el derecho penal esto se traduciría en el tipo penal, en cuanto contenido de la regulación.

Sin situaciones descritas o referidas, no existe vínculo alguno con realidad alguna. Sin una razón legal, se tiene una ley sin finalidad. Sin objeto de regulación, una ley sin fundamento prescriptivo.

2. Factores sociales de la elasticidad

Los factores ante expresados se interrelacionarían a dos *factores sociales*, como lo habrían de ser los de *práctica social* y *juicio social*.

Basados en algunos estudios sobre la *práctica social*⁶¹, podemos decir que las prácticas sociales son, para nuestro análisis, *el ejercicio de actos sociales dentro de las relaciones sociales, determinados por sus condiciones materiales de existencia, y producidos con cierta periodicidad, lo que le proporcionan*

metodológico» de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la ley, la *ratio legis*. Este concepto de bien jurídico ha de rechazarse, porque no dice nada que vaya más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica (...) la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico. La razón está en que con ello sólo se indica lo que quería el legislador. Lo importante es, sin embargo, si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas, y esto es algo que ha de negarse cuando los excesos puedan evitarse mediante controles estatales". ROXIN (2007), pp. 448-449.

⁶¹ Según Castro y otros, los tres elementos básicos para entender la práctica social son las mujeres, hombres y el mundo de los objetos, lo cual puede resumirse en el concepto "condiciones materiales". El enfoque que le proporcionan a dichas prácticas los autores, desde los agentes sociales, es el de distancia social, entendida como "disimetrías sociales" y "diferenciaciones sexuales". Ahora bien, las prácticas sociales pueden ser "socio-parentales", "socio-económicas" y "socio-políticas". En el caso de las *prácticas socio-parentales*, son las actividades realizadas por mujeres y/o hombres vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad, donde se "aglutinan las actividades destinadas a la gestación, al amamantamiento, a la realización de aquellas tareas relacionadas con el mantenimiento de la fuerza de trabajo de una comunidad (...) y a la formación de niños y niñas en tanto que hombres y mujeres en lo que constituye la primera socialización de la condición sexual". (CASTRO y otros (1996), p. 37). Las *prácticas socio-económicas*, "incluyen aquellas actividades destinadas a la obtención, procesado y/o conservación de alimentos y a la fabricación y mantenimiento de implementos, cuyo destino originario se orientó a la satisfacción de las exigencias mínimas de la vida social". (CASTRO y otros (1996), p. 38). Las *prácticas socio-políticas*, "son aquellas que, mediante acuerdos o imposiciones, están destinadas a establecer formas de cooperación o de distancia social, tanto en el seno de la reproducción de los agentes sociales (...) como en el de las condiciones materiales de la vida social". (CASTRO y otros (1996), p. 40). El Estado, dentro de este plano, viene a instituir prácticas o influir en los ámbitos socio-parentales.

cierta estabilidad en el tiempo. Dichos actos sociales provienen de determinadas formas de relación social producidas en un contexto social igualmente determinado, y que adquieren cierta continuidad. La ausencia de saludo que entre los habitantes del campo sería una descortesía, en la ciudad es un hecho normalizado. En el primer caso estamos frente a una práctica social (el saludo), que en el segundo caso se encuentra ausente.

El *juicio social*, para nosotros, habría de ser *la expresión social de una idea compartida por los participantes de una comunidad específica, que presenta cierto consenso como producto de la retroalimentación social, y que se mantiene relativamente constante en el tiempo.* El juicio social pertenece más bien a la *doxa* que al *logos*, y está por ello sujeta al movimiento que experimenta lo social.

3. Relación entre factores normativos y factores sociales

En el caso del *tenor literal*, las palabras utilizadas que son regularmente sustantivos, y que aluden por dicho carácter a objetos, la *obsolescencia legislativa* se manifestaría porque el término se refiere a un objeto que se ha ido transformando y ya aquél pierde la capacidad de representar las características de éste en su modificación social, o bien, el objeto deja de existir o muta en otra cosa de tal modo que el término deja de aplicar en la realidad para poder indicarlo. Así, una referencia en la legislación chilena a “escudos” es anacrónica, puesto que el término no se condice con la realidad social, por la cual la denominación a la cual apunta ha cambiado. Esta modificación se registra legalmente casi de modo instantáneo, al momento del cambio de una denominación monetaria, y ya casi *M* no se angula con *N*, en la gráfica que expone dicho cambio (**Figura 1**), sino que son coincidentes.

Pero en otros casos la denominación legal puede ser sostenida en el tiempo, pese a no encontrarse en congruencia con el uso actual de un término referido al mismo objeto, como en el caso del art. 447 N° 3 del Código Penal el término “posadero” y “posada” o “fonda” (“Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda”).

En el caso del cambio de denominación de la moneda en Chile de “escudo” por “pesos”, el 29 de septiembre de 1975 por decreto ley N° 1.123, la ruptura de la elasticidad se produce de modo inmediato y junto a la variación social.

Para el caso de los términos del art. 447 N° 3 del Código Penal chileno, el término es obsoleto como expresión lingüística⁶², pero es diferente al cambio de denominación monetaria. En la práctica social las denominaciones que la

⁶² Como anticuada la considera la doctrina penal chilena. POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), p. 317; ETCHEBERRY (1998b), p. 310.

ley recogió en su momento, a modo de elementos descriptivos, se encuentran en desuso, por no existir en el hoy el posadero, fondista ni la posada o fonda. Sin embargo, dos razones hacen que la ley no se encuentre en obsolescencia.

En primer lugar, si bien las nomenclaturas sociales se han modificado, no lo ha hecho ni la posición de los sujetos dentro de una relación social ni la relación social en sí misma: siguen existiendo lugares de hospedaje, sujetos que hospedan y sujetos que se hospedan. Por lo que la situación descrita en el tipo, esto es, la persona que disponiendo un lugar para el hospedaje se aprovecha de esta situación para sustraer la propiedad que por su hospedaje garantiza, no ha dejado de subsistir en la realidad social, pese a sus variaciones. La *práctica social* se ha mantenido. Éste es el fundamento social de su *ratio legis*, y como aquella no ha sido modificada en la realidad social, por consecuencia, ésta tampoco habría de serla. La variación social sólo afecta las nomenclaturas, no lo que se nombra. Lo mismo habría de sentenciarse para el N° 1 del mismo art. 447⁶³.

En segundo lugar, el art. 447 N° 3 consigna una *cláusula analógica*, esto es, “u otra persona que hospede gentes”, con lo que se asimila a situaciones de hospedaje actuales a la dictación de la ley, pero igualmente es homologable a situaciones de hospedaje futuras y para el responsable de un hotel, motel, residencial (“empresario hotelero”⁶⁴). Pero dicha cláusula, claro está, funciona porque la *ratio legis* sigue encontrándose en pie, en virtud que la relación social no ha cambiado.

Así, se podría decir que este caso ilustra lo siguiente: la variación social ha alcanzado un aspecto lateral de la relación ley/realidad social (terminología social, tenor literal), pero no medular de dicha relación (fundamento social/*ratio legis*). Por lo que la ley es incongruente sólo en lo que la realidad social ha variado. Pero la ley no adolece de obsolescencia, ya que no ha variado la relación social, esto es, la situación social y la relación de los sujetos sociales en ella. Por ello es posible que una hipótesis como la del empresario hotelero con los clientes, sea homologable a la hipótesis descrita por la ley. La ley ante ese escenario puede ser adaptada y, por ende, mantiene su elasticidad.

Caso distinto es el del infanticidio del art. 394 del Código Penal.

Se entiende que dicho artículo consagra una figura privilegiada en razón del honor⁶⁵, en el sentido de morigerar la penalidad. Su *ratio legis* se encontraba

⁶³ Aunque el lenguaje del Código es algo arcaico al referirse a las categorías de personas a quienes se aplica, estimamos que ellas son plenamente aplicables hoy a los llamados *trabajadores de casa particular*. [Resaltado del autor] (POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), p. 314).

⁶⁴ POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), p. 317.

⁶⁵ Ello porque en Chile, el delito de infanticidio del art. 394 del Código Penal, es considerado por la doctrina penal basada en la historia del establecimiento de la ley, como sin razón de ser alguna para su atenuación. Pero siendo así, no tiene ya que ver con juicio social alguno, sino más bien con

engarfiada a un *juicio social* negativo acerca de la maternidad fuera de nupcias, cuestión que hoy dicho *juicio social* en Chile no tiene relevancia, con lo que su *ratio legis* deja de existir y, con ello, el sentido teleológico de la ley sobre lo que regula. El hecho de la muerte al recién nacido podrá seguir existiendo, incluso bajo el mismo contexto de “vergüenza” del sujeto activo, pero el juicio social ha dejado de existir, al menos, de modo general. Así, la disposición en comento habría de adolecer de *obsolescencia legal*.

Otro caso de interés es la situación de la mujer como sujeto activo de violación. Ante la disposición del art. 361 del Código Penal, esto es, el delito de la violación, parte de la doctrina chilena quiere hacerla aplicable a la mujer como sujeto activo del delito⁶⁶.

En el hoy, tanto la práctica social como el juicio social reconocen la posibilidad que la mujer obtenga relaciones sexuales no consentidas de un hombre. En este punto se ha producido una variación social importante, si no un cambio social, sobre todo de la mano del *juicio social*. Dicha variación social ha hecho incongruente el objeto de la ley (*ocassio legis*), puesto que ya el *juicio social* reprocha las relaciones no consentidas cualquiera sea el agente. Pero claro, no lo ha hecho del todo, sino parcialmente.

Sin embargo, nos encontramos ante un óbice semántico, cual es, lo que expresa el artículo, en el sentido de que se criminaliza y pena “el que accede carnalmente”, es decir, quien accede (entra, introduce, penetra), no quien es accedido⁶⁷. Ello hace imposible homologar la hipótesis legal del hombre –jurídicamente con un argumento *a simili*– a la hipótesis de la realidad social de la mujer⁶⁸. Y el que se pretenda que prime un criterio teleológico basado en el bien jurídico (que igualmente usa del argumento *a simili*⁶⁹), se le encuentra acomodando una disposición obsoleta por objeto, y aun en contra del tenor literal el que en materia penal debiera primar, que como bien señalaba Novoa,

su *ratio essendi*. A propósito, señala Etcheberry: “... el infanticidio está concebido entre nosotros de un modelo puramente objetivo. Se aplicará el art. 394, tanto si el motivo parece excusable, tales la vergüenza o la extrema miseria, como si hay motivo vituperable, v. gr., la codicia o la pura maldad”. (ETCHEBERRY (1998b), p. 78. Ver POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), pp. 103-106.

⁶⁶ Toda la revisión de a doctrina penal chilena en lo tocante al punto, en CARRASCO JIMÉNEZ (2014).

⁶⁷ CARRASCO JIMÉNEZ (2014).

⁶⁸ Esto es, si el hombre que penetra carnalmente bajo los supuestos típicos, es condenado por el delito de violación (donde existe la misma razón), entonces, la mujer que se hace penetrar carnalmente bajo los mismos supuestos típicos debe ser castigada por el delito de violación (existe la misma disposición).

⁶⁹ Esto es, si existe el mismo bien jurídico vulnerado en la conducta del varón, entonces si la misma conducta vulnera el mismo bien jurídico por la mujer, debería recibir el mismo castigo. Que para el derecho penal, además, habría de ser una analogía *in malam partem*, abjurada por la doctrina penal chilena. Confróntese POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), p. 251.

“la adaptación” que la *interpretación extensiva* produce para ajustar la ley a los cambios sociales, “sea hasta donde permita el tenor literal de la ley”⁷⁰, por lo que no puede su elasticidad ser mayor a lo que la literalidad de la ley permite, por la gravedad de las consecuencias que la penalidad trae aneja. Por ende, la ley en este punto se encuentra obsoleta. Pero como sigue regulando la situación del hombre agresor, entonces en este punto existe plena elasticidad.

La *obsolescencia* de una ley marcada por la falta de objeto de regulación (*ocassio legis*), marca una distancia fuerte con la realidad social, ya que el objeto está muy determinado por lo que en un tiempo histórico específico quiere regularse de la realidad social, y está relacionado finalmente con aquellas *prácticas sociales* en las que pretende realizarse una prescripción jurídica respecto de ellas (esto es “mandar”, “prohibir” o “permitir” en la trivalencia deóntica). Ocurre, por ejemplo, con las disposiciones de los artículos 409 a 411 del Código Penal chileno, todas ellas referidas al delito de duelo.

Es un hecho histórico que el último duelo registrado en Chile fue el que protagonizaron en 1953 Salvador Allende y Raúl Rettig⁷¹, por cuestiones de honor (o por un mujer dicen las crónicas⁷²). No obstante realizarse éste (y errar, por ser afortunadamente malos tiradores), nunca existió la denuncia del hecho vía penal, porque ya su uso parecía, aun para esa época, una curiosidad histórica.

El duelo como delito, ha sido calificado por la doctrina penal chilena como carente de significación práctica social y como anacrónico⁷³. La moción de ley contenida en el Boletín N° 7448-07, que “Elimina la figura del duelo de nuestra legislación penal”, señala que “dicha tradición se encuentra en desuso en nuestro país hace varias décadas, debido a que la sociedad ha encontrado formas más civilizadas de resolver los conflictos”. Fuera de ello, la califica como anacrónica e improcedente.

La variación social al dejar atrás prácticas sociales, deja a su vez en el pasado todas las leyes relativas a dicha práctica social. La ley, así, entra en absoluta obsolescencia.

Como pudo notarse, una situación planteada fue aquella en que pese a las variaciones sociales, y en que ellas afectaron la ley (el tenor literal), no existe obsolescencia (caso art. 447 N° 3 Código Penal), porque la *práctica social* sigue existiendo, lo que mantiene la *ratio legis* de la norma. Por lo cual, existe

⁷⁰ Véase NOVOA MONREAL (1975), p. 207.

⁷¹ Conocido por presidir la Comisión sobre Verdad y Reconciliación, del cual surge el primer Informe de derecho humanos y que contiene la información de detenidos y desaparecidos, siendo estos últimos la obra y legado de la dictadura militar chilena para las generaciones presentes y futuras.

⁷² RAVEST SANTIS (2009), pp. 23-32.

⁷³ POLITOFF LIFSCHITZ y otros (2006), p. 385; GARRIDO MONTT (2002), p. 139.

plena elasticidad. En otras situaciones, la obsolescencia era total: por falta de *ratio legis*, al variar socialmente el *juicio social* (caso art. 394 Código Penal), y por falta de objeto, ya que la *práctica social* desaparece (arts. 409 a 411 del Código Penal). En estos casos, es evidente la ruptura de la elasticidad. Y en un último caso (art. 361 Código Penal), la obsolescencia es parcial, ya que el *juicio social* se ha ampliado a más situaciones de las contempladas originalmente por la gramática de la ley, quedando, por ende, cubiertas las situaciones a las que la ley se sigue aplicando. Existe en esta parte elasticidad, pero a las partes que la ley no cubre por ampliación del *juicio social*, la ley se encuentra obsoleta.

Por lo que la elasticidad existe en aquella parte en que se adapta a la variación/cambio social, y en la que no, se encuentra obsoleta.

VII. Conclusión

A partir de las reflexiones de Novoa Monreal es posible determinar tres formas de incongruencias en la relación cronológica derecho-realidad social: a) incongruencia ley-realidad social; b) incongruencia vetero-neo legislación; c) incongruencia doctrina-realidad social.

Pero, a su vez, es posible inferir que el *cambio social* es sólo una parte o factor determinado dentro de la realidad social ante el transcurso cronológico. Toda modificación de la realidad social ante el transcurso cronológico, no habría de ser necesariamente un *cambio social*, ya que para esto requeriría que la modificación, además de ser ya un cambio en las relaciones sociales, haya de ser ventajosa para el proyecto concreto de vida social del ser humano. Fuera de ello, de no existir modificación en las relaciones sociales, podría producirse una modificación a las formas de expresión y/o manifestación de las mismas, que hemos denominado como *variación social*.

Ante este panorama, se dotan a través de este escrito de ciertas herramientas conceptuales de análisis de la incongruencia cronológica ley-realidad social. Es así como se adoptan conceptos como *elasticidad de la ley* y *obsolescencia legal*, los cuales se encuentran en contraposición, y que describirían el grado de relación cronológico existente entre la ley y la realidad social. Elementos de los mismos como son los *factores normativos* y los *factores sociales*, son importantes a la hora de determinar esta relación, los que permiten una "medición" cualitativa de la misma y, por ende, los grados de distanciamiento efectivo de una ley ante la realidad social cambiante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALIMENA, Bernardino (1915): *Principios de Derecho Penal* (Traducc. Eugenio Cuello Calón, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez), Volumen I.

- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2014): *Aspectos y problemas de los delitos sexuales* (Santiago: Librotecnia).
- CASTRO, Pedro *et al.* (1996): "Teoría de las prácticas sociales", en *Complutum* (Nº 2), pp. 35-48. Disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/CMPL/article/view/CMPL9696330035A> [visitado el 28/02/2008].
- D'AGUANNO, Giuseppe (1894): "Génesis y evolución del derecho civil", en *Ancona. Archivio giuridico* (Nº 52), pp. 292-298.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1991): "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Géný", en *Quaderni fiorentini. Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* (Nº 20), pp. 119-148.
- DUCCI CLARO, Carlos (1997): *Interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998b): *Derecho penal. Parte General* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.
- GARRIDO MONTT, Mario (2002): *Derecho penal* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.
- GÉNY, François (1925): *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (2ª ed., Madrid, Reus).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): *Las reglas del "código civil" de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago: LexisNexis).
- HOY (1984): "Eduardo Novoa Monreal. No hay ley que valga", *Hoy* (Nº 371), pp. 20-21.
- KANTOROWICZ, Hermann (1949): "La lucha por la Ciencia del Derecho", en VV.AA., *La ciencia del derecho* (Buenos Aires, Losada).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1968): "La renovación del Derecho", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción*, (Nº 144), pp. 3-28.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1975): *El derecho como obstáculo al cambio social* (Madrid, Siglo XXI).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho* (Buenos Aires, Ediar).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1987): *Cuestiones del derecho penal y criminología* (Santiago, Jurídica Ediar-ConoSur).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2009): "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza", en *Revista de Derecho, Universidad de Valdivia* (Volumen 22, Nº 1), pp. 159-183.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; GRISOLÍA, Francisco, y BUSTOS, Juan (2006): *Derecho penal chileno: Parte especial; delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica Congreso).

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia (2006): *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial* (2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- POSADA, Adolfo (1898): *Le droit et la question sociale* (Paris, V. Giard & E. Brière).
- RAVEST SANTIS, Guillermo (2009): *Pretérito imperfecto: memorias de un reportero en tiempos chilenos de la Guerra Fría* (Santiago, LOM).
- ROXIN, Claus (2007): “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons), pp. 443-458.
- VILLALONGA TORRIJO, Cristián (2008): *Revolución y ley: la teoría crítica del derecho en Eduardo Novoa Monreal* (Santiago, Chile. Globo Ed.).
- VON KIRCHMANN, Julius (1983): *La jurisprudencia no es ciencia* (Traducc. Antonio Truyol Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- VON SAVIGNY, Friedrich Karl (1949): “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *La ciencia del derecho* (Buenos Aires: Losada), pp. 29-248.