



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Derecho

**LA EFICACIA COMO FIGURA
CENTRAL EN LA CREACIÓN DE
NORMAS JURÍDICAS**

Autor: Eduardo Baviera Díaz-Leante

5º E3 A

Filosofía del Derecho

Tutor: Rafael Vega Pasquín

Madrid

Junio de 2020

RESUMEN

El presente trabajo trata de dar respuesta a una pregunta que ha sido motivo de numerosos estudios a lo largo de la historia: ¿qué es el derecho? Después de haber llevado a cabo una investigación de obras de diversos autores se ha decidido optar por la respuesta a esta pregunta a través del elemento de la eficacia. Para ello se ha decidido abordar el problema utilizando los conocimientos aportados por la Sociología del Derecho y por la Aplicación Económica del Derecho, por su estrecha relación con el elemento de la eficacia. Sin embargo, no se encontrará en el presente trabajo una visión reduccionista del Derecho, sino que el estudio de la eficacia se complementará con un análisis sobre la norma y la justicia, a través de la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale.

Palabras clave: Derecho, eficacia, validez, justicia, Aplicación Económica del Derecho, Sociología.

ABSTRACT

This paper attempts to answer a question that has been the subject of numerous studies throughout history: what is law? After having carried out research on works by various authors, it has been decided to opt for the answer to this question through the element of effectiveness. To this end, it has been decided to address the problem using the knowledge provided by the Sociology of Law and the Economic Application of Law, because of their close relationship with the element of effectiveness. However, in this work we will not find a reductionist vision of the Law, but rather the study of effectiveness will be complemented with an analysis of the norm and justice, through Miguel Reale's Three-Dimensional Theory of Law.

Keywords: Law, effectiveness, validity, justice, Economic Application of Law, Sociology.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	CONCEPTOS PREELIMINARES	4
1.	¿QUÉ ES EL DERECHO?	4
A.	Normas jurídicas y otras normas	4
B.	Derecho y poder: distintas concepciones del Derecho.....	5
C.	El Derecho como fenómeno social	7
2.	NOCIONES ESENCIALES DEL DERECHO: VALIDEZ, EFICACIA Y JUSTICIA....	8
3.	PRINCIPIALES CORRIENTES FILOSÓFICAS.....	11
A.	El iusnaturalismo	11
B.	El positivismo.....	13
C.	El realismo jurídico	15
III.	LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO.....	18
1.	CONTEXTO HISTÓRICO Y ANTECEDENTES	18
2.	¿QUÉ ES LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO? DIFERENCIA CON OTRAS DISCIPLINAS.....	20
A.	Sociología del Derecho.....	20
B.	Diferencia con otras disciplinas.....	20
3.	CONTENIDO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO	21
A.	Conceptos clave.....	21
B.	Poder, burocracia y Derecho	25
C.	La importancia de la Sociología del Derecho.....	28
4.	LA APLICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO.....	29
A.	Concepto y presupuestos generales	30
B.	Análisis positivo y normativo	31
C.	La utilidad de la Aplicación Económica del Derecho.....	32
IV.	LA EFICACIA.....	33
1.	EL CONCEPTO DE EFICACIA	33
2.	EFICACIA COMO CUMPLIMIENTO: LA ESCALA DE EFICACIA	34

3.	FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA EFICACIA.....	36
4.	LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO.....	38
V.	CONCLUSIONES	41
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	43

I. INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo de investigación se trata de abordar uno de los problemas que más discusión ha tenido entre los filósofos del derecho: en que aspecto del derecho (validez, eficacia, justicia y responsabilidad) resulta más conveniente centrarse a la hora de crear o aplicar el Derecho.

Hay una serie de sucesos actuales que me han llevado a preguntarme sobre esta cuestión. En primer lugar, la tensión que ha existido en España con Cataluña a raíz de la celebración del referéndum ilegal y la declaración unilateral de independencia donde se ha dado un acto de desobediencia masivo a la ley por parte de la ciudadanía e instituciones llegando a ir en contra de la misma constitución. Esto me lleva a preguntarme si realmente el hecho de que una norma sea válida y justa (tanto como lo es la Constitución) es suficiente para que el Derecho pueda desempeñar correctamente su función. También el reciente proyecto de ley del Gobierno de eliminar el delito de abuso sexual y reconducir todos estos hacia abuso sexual o violación, ya que hasta que la sociedad no ha demandado estos cambios (a raíz del famoso juicio de la manada), el legislador no había ni intentado ni suscitado este tema en las Cortes.

El objetivo del presente trabajo es poder aprender sobre cómo las diferentes corrientes tratan de abordar el problema del elemento central del Derecho para comprender que ventajas o inconvenientes tiene cada uno de los elementos, elaborando así una conclusión crítica, personal y propia.

Todo esto me lleva a reconducir la cuestión inicial hacia la eficacia. Para abordar este tema se consultarán libros de autores de las diferentes corrientes de la Filosofía del Derecho (desde el iusnaturalismo hasta el realismo jurídico), centrándonos en la Sociología del Derecho. Para la mejor comprensión y exposición de las diferentes teorías, se irán aportando ejemplos lo más actuales posibles. Aunque en el siguiente trabajo se ponga hincapié en la eficacia, se va a utilizar el famoso método de Miguel Reale de la teoría tridimensional del derecho: aunque haya mayor foco en una dimensión (en este caso material), no hay que olvidar nunca ponerla en relación con el resto de las dimensiones, es decir, en este trabajo en ningún momento se va a plantear una concepción de derecho reducido a una única dimensión.

II. CONCEPTOS PREELIMINARES

Antes de establecer una postura en torno a la eficacia y desarrollarla habría que plantear una serie de cuestiones que son los precedentes de los que hay que partir para finalmente poder centrarnos en que elemento del Derecho merece mayor acento. Hay que preguntarse qué es el Derecho para poder ver así que diferentes perspectivas podemos tener, para así ver como estas perspectivas se centran más en uno de los cuatro elementos esenciales del derecho y finalmente ver que tratamiento han tenido a lo largo de la historia por las diferentes corrientes filosóficas.

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Antes de nada, hay que aclarar que, dependiendo de la corriente filosófica, los distintos autores han puesto mayor hincapié en alguno de los elementos que componen el Derecho: unos ponen mayor acento a las normas (forma o dimensión formal), otros lo ponen en una serie de valores axiológicos (justicia o dimensión valorativa) o incluso hay otros que se centran en los hechos (materia o dimensión material).¹

Sin embargo, en este trabajo se defiende la concepción del derecho que lo entiende como la conjugación de los tres elementos anteriores (Teoría Tridimensional de Miguel Reale), aunque claro está, dando una mayor importancia a los hechos, es decir, a la dimensión material.

A. Normas jurídicas y otras normas

En una primera aproximación podríamos decir que el Derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana. El Derecho no regula ni lo imposible, ni lo necesario sino lo que el hombre puede hacer o no hacer, es decir, regula su conducta humana.²

Sin embargo, existen una serie de normas, que no son jurídicas, que también logra condicionar la conducta humana, incluso a veces de una manera más efectiva que el Derecho. Estas son, por ejemplo, las normas morales o religiosas que no constituyen Derecho. Parece que el primer criterio al que podríamos referirnos sería diferenciar las

¹ Campos Zamora, F, “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas de UCR*, n. 122, 2010, pp. 191-220

² Prieto Sanchís, L, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 13

normas jurídicas del resto de normas atendiendo a la materia que regulan, siendo una norma religiosa cuando regule algún aspecto de una religión en concreto (como el bautismo). No obstante, este criterio no es suficiente ya que hay veces que las normas cambian de un sistema a otro, como por ejemplo el antiguo delito de blasfemia que posteriormente dejó de serlo siendo una conducta lícita por el ordenamiento jurídico, pero reprochable desde el punto de vista católico.³

Tampoco nos serviría atender a cómo las normas condicionan la conducta del individuo ya que no podemos encontrar una serie de características que sean cumplidas por toda norma jurídica y que sean exclusivas de ellas. Así, por ejemplo, no todas las normas imponen una sanción o no todas responden a un esquema condicional típico de la norma jurídica (como los preceptos de la Constitución que regulan la configuración orgánica del Estado). Aunque existan también sanciones en el campo de la religión o de la moral, parece que lo que más les diferencia con las normas jurídicas es que en la imposición de esa sanción las normas jurídicas pueden recurrir al uso de la fuerza. A pesar de ello, no todas las normas tienen una sanción por lo que la respuesta a que es el Derecho no puede venir dada de esta perspectiva, ya que no todas las normas jurídicas las cumple.⁴

Como la norma de manera aislada no nos permite responder a la pregunta se intenta razonar desde la perspectiva de ordenamiento jurídico como un conjunto de normas coherentes entre sí, pero esta visión es diferente dependiendo del autor que se consulte, ya que como hemos dicho cada uno le da más importancia a un concepto que otros.

B. Derecho y poder: distintas concepciones del Derecho

Como ya hemos dicho, una de las posibles diferencias para diferenciar normas jurídicas del resto es como en la sanción de una norma jurídica puede recurrirse al uso de la fuerza. Desde la perspectiva de las normas en su conjunto, un ordenamiento jurídico debe tener un carácter unitario y estar garantizado por un tercero que pueda usar la fuerza en caso de incumplimiento de estas normas. En el orden religioso aunque pueda tener un carácter unitario (Iglesia Católica) no tiene garantizado el cumplimiento de sus normas a través del uso de la fuerza o en el plano de la moral racional (capacidad de cada individuo de poder deslindarse de lo que normalmente haría un colectivo, a través de la razón) no

³ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 14

⁴ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 14,15

tiene un carácter unitario ya que cada persona actuará de manera diferente o en el plano de la moral social, ya que las sanciones no pueden imponerse por el uso de la fuerza, aunque a veces normas de la moral social pueden ser trasladadas a una norma jurídica pudiendo sufrir así una doble sanción (moral y jurídica).⁵

El problema de reducir la norma jurídica a aquella cuyo cumplimiento se garantiza con el uso de la fuerza es cómo se diferenciaría un ordenamiento jurídico de una banda de ladrones que están organizados y pueden imponer una conducta. La respuesta estaría en que en las normas jurídicas se categorizan en dos clases: las primarias serían los derechos y obligaciones de los individuos y las secundarias que organizan y designan las instituciones que van a aplicar la fuerza, es decir, la fuerza se encuentra institucionalizada. No se aplica la fuerza al arbitrio de alguien, sino que se aplica en supuestos tasados. Así solo el poder se encuentra en situación de poder garantizar el cumplimiento de las normas por lo que será Derecho aquello que provenga de quien sea capaz de imponer a la fuerza una sanción por el incumplimiento de una norma.⁶

Esta es la concepción positivista del Derecho. Algunos piensan que la fuerza garantiza el ordenamiento jurídico (su fundamento), pero otros como Kelsen dicen que la fuerza es directamente su objeto, es decir, regulan en qué casos se permite el uso de la fuerza. Así para ellos *“el poder constituye la única, o al menos, la suprema fuente de derecho; y ello por la simple razón de que solo el poder está en condiciones de respaldar su voluntad con el uso o la amenaza de la fuerza organizada”*⁷. Entonces reducen el Derecho a la norma (dimensión formal), que es configurada como la voluntad del que ostenta el poder y es cumplida por el poder que tiene de hacerla cumplir a través del uso de la fuerza.

Aunque los iusnaturalistas reconocen la relación entre poder y Derecho, no defienden la postura positivista de que la fuente de Derecho sea el poder, ya que antes de la aparición de ese Estado, que tiene el poder de hacer cumplir sus normas a través del uso de la fuerza, ya las sociedades primitivas se comportaban y actuaban en base a unos valores, siendo el Derecho es un aspecto más de la vida cotidiana, como una *“costumbre popular que se decanta a lo largo del tiempo”*. Además, defiende que la autoridad del Estado no radica en la figura autoritaria de alguien (que sea el más fuerte), sino que ese

⁵ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 16,17

⁶ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 19

⁷ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 37

poder le viene dado por el Derecho Natural por lo que no puede contradecirlo. Vemos como esta corriente pone un mayor énfasis en la justicia (dimensión valorativa), es derecho lo que es justo y es justo porque proviene del Derecho Natural.⁸

Si para los positivistas Derecho es la voluntad del Estado traducido en la norma y para los iusnaturalistas son esos valores universales, el realismo jurídico dice que el Derecho son los hechos y las actuaciones de los jueces. Para ellos, por mucho que una norma se encuentre en un cuerpo normativo o siga unos valores universales, no será Derecho en tanto que no sea cumplida (la metáfora de Karl Llewellyn de las “*reglas en papel*” y las “*reglas efectivas*”).⁹

Sin embargo, en este trabajo se va a defender la concepción realista del Derecho: “*el derecho es una integración normativa de hechos según valores*”. No se va a profundizar más sobre esto en este epígrafe, ya que se hablará más adelante, pero si adelantar que no se puede tener una concepción del Derecho reducido a una única dimensión.

C. El Derecho como fenómeno social

El Derecho se encuentra en casi cualquier aspecto de la vida cotidiana del hombre, desde el matrimonio hasta coger un taxi, por lo que parece que, como decía Nino, “*el Derecho, como el aire, está en todas partes*”.¹⁰

Pero entonces, ¿el Derecho es casusa de la naturaleza humana o es una construcción del hombre? El Derecho es una “*construcción humana de carácter histórico que responde a unos intereses y necesidades*”¹¹. Así, como el hombre vive en sociedad, necesita de unas normas que garanticen un mínimo de convivencia, ya que el ser humano es vulnerable y necesita de protección, y esto es por lo que crean Derecho. La sociedad no se concibe como la simple agrupación de personas, sino que además agrupa también una serie de valores o reglas de conducta que deben ser garantizados por normas jurídicas.

Siguiendo con la última definición de Derecho del anterior apartado, la función del Derecho parece ser dirigir la conducta humana en base a unos fines. Tratan así de imponer un determinado modelo de relaciones sociales. Cuando el legislador redacta una norma podemos ver una función directa (lo que se deduce del contenido prescriptivo de

⁸ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 38,39

⁹ Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, cit. p 205

¹⁰ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 27

¹¹ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 28

la norma) y una función indirecta (la reacciones o sentimientos del colectivo ante dicha norma, funcionando como un símbolo de un valor que el legislador quiere transmitir a la sociedad). Pero, aunque a la hora de promulgarla, el legislador, pudiera tener el deseo de condicionar una conducta, pueden darse efectos inesperados, colaterales o no queridos de una norma y esto es así porque, la mayoría de las veces, el legislador no ha observado la dimensión material, no ha tenido en cuenta los valores o intereses que tiene una sociedad en un determinado momento¹².

Este es el caso, por ejemplo, de la promulgación de la ley seca en EEUU cuya función directa era el cuidado de los ciudadanos pero como efecto inesperado tuvo el auge del mercado negro y de la mafia, ya que los estadounidenses no creían que el alcohol pudiera suponer un riesgo tan alto para salud, por lo que desobedecieron la ley y el efecto de esta acabo siendo totalmente distinto del que el legislador esperaba, porque no atendió correctamente a la concepción del alcohol que tenía la sociedad americana.

2. NOCIONES ESENCIALES DEL DERECHO: VALIDEZ, EFICACIA Y JUSTICIA

A continuación, se van a exponer brevemente las tres nociones clásicas del Derecho, representando cada una las diferentes dimensiones, la validez se centra en la dimensión formal, la eficacia en la material y la justicia en la valorativa.

En una primera aproximación, se predica la validez de una norma cuando cumple los requisitos que impone un sistema para poder pertenecer él. Como ya hemos dicho el Derecho puede expresarse a través de actos (doctrina positivista) o hechos (doctrina realista). Son las normas secundarias las que le otorgan a un acto (o en menor medida también a los hechos, a través de la costumbre) la capacidad de desplegar efectos jurídicos, es decir, si el acto o hecho cumple con esos requisitos entonces este será válido. Sin embargo, en los sistemas más primitivos y menos complejos no puede no haber normas secundarias y, entonces, ¿cómo se determina la validez de una norma? No quedaría más remedio que acudir a la práctica social para comprobar si se cumple o si existen sanciones ante dicho incumplimiento. El juicio de validez no es el mismo dependiendo de la complejidad de cada sistema.¹³

¹² Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 29

¹³ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 73-75

Las condiciones exigidas por cada sistema para que una norma sea válida pueden agruparse en dos categorías: aspectos formales y materiales de la norma. Entre los aspectos formales más importantes podemos destacar las normas de procedimiento a seguir, las normas que determinan el órgano competente o las normas materiales que determinan el tipo de norma (como las que contienen las materias reservadas a Ley Orgánica). En cambio, una norma cumplirá con los aspectos materiales si respeta el contenido incluido en su norma superior, no teniendo nada que ver con su forma o procedimiento.¹⁴

La segunda noción fundamental que encontramos es la eficacia. En este apartado únicamente se va a hacer una aproximación al término ya que se hablará de ello más adelante. Ahora bien, la eficacia puede ser abordada desde tres perspectivas diferentes: desde un punto de vista jurídico, político y sociológico. En un sentido jurídico, una norma es eficaz si es capaz de producir efectos jurídicos sobre lo que regula, es decir, *“un contrato es eficaz cuando resulta idóneo para producir aquellos efectos que se pretenden [...] y que además están previstos en el sistema”*¹⁵. Desde un punto de vista político, una norma es eficaz cuando esta consigue o ayuda a cumplir los objetivos prácticos para los que fue creada. Un ejemplo de esto sería la Ley Seca de Estados Unidos que pretendía que los estadounidenses no consumiesen alcohol, pero no era una norma eficaz desde el punto de vista político porque al final la población recurrió al mercado negro. Finalmente encontramos la eficacia en sentido sociológico que hace referencia al efectivo cumplimiento de una norma por parte de sus destinatarios, que es la concepción que más interesa para la Filosofía del Derecho y es en la que se hablará más adelante.¹⁶

Pero ¿necesita una norma ser válida para poder desplegar efectos jurídicos en un sistema?, o ¿la eficacia es condición necesaria para que una norma sea válida? Una norma puede ser eficaz sin ser válida, ya que puede haber sido puesto a través de la práctica social, como por ejemplo una ley inconstitucional que es aplicada por los operadores jurídicos. En cuanto a si la eficacia es una condición de validez hay que diferenciar entre adquisición y pérdida de validez. Kelsen decía que una norma es válida en el momento en que es promulgada cumpliendo con todos los requisitos de validez del sistema (requisitos de órgano, procedimiento, etc.), por lo que en nuestro ordenamiento sería

¹⁴ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 76-78

¹⁵ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 83

¹⁶ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 84-86

válida desde el momento en la que es publicada en el BOE, por lo que la eficacia no es una condición necesaria para la adquisición de validez. En cambio, cuando una norma que es válida deviene ineficaz a lo largo del tiempo, es decir, cae en desuso (por circunstancias temporales, cuando una norma es anacrónica, circunstancias tecnológicas etc.). Si la norma que debía ser aplicada, no se aplica durante un periodo de tiempo deviene inválida, por lo que la eficacia si es una condición necesaria para que una norma mantenga su validez a lo largo del tiempo (esto es lo que se conoce como desuetudo). Sin embargo, respecto a la norma fundamental de un sistema no cabe predicar la validez sino únicamente la eficacia, ya que su existencia no responde a una cuestión de procedimiento (es más, no hay una norma precedente que determine su procedimiento ya que es la primera norma en cualquier sistema jurídico), sino a una cuestión de cumplimiento, que se imponga a la fuerza y se cumpla, como en un golpe de Estado, para que sea efectivo y la población lo cumpla no ha de seguir un procedimiento, sino que debe ser capaz de imponer sus normas y estas sean cumplidas¹⁷, como dice Guastini: *“la validez de la Constitución es un sinsentido, pues su origen es un problema empírico”*¹⁸.

Por último, se va a abordar el concepto de justicia. Todo jurista a la hora de ejercer el derecho no tiene que solo analizar si una norma es legal o ilegal (validez) o si es aplicable (eficacia, como una costumbre) sino que además debe comprobar que esa norma es justa, ya que lo anterior solo da un indicio de justicia, pero no la asegura.

Siguiendo el planteamiento aristotélico que concibe al ser humano como un animal político que necesita de la vida en común o en sociedad para poder alcanzar su máxima plenitud o felicidad. Pero el ser humano no pierde su identidad por formar parte de un grupo, sino que tiene que orientarse en la misma línea que el todo (el grupo, la sociedad), como diría San Agustín: *“es deforme cualquier parte que no se armoniza con el todo”*¹⁹. Así el Derecho trata de conseguir que ese grupo se mueva hacia este objetivo de justicia general entendida como la consecución de actos que se vinculan con el bien común. Así la justicia se configuraría como la finalidad del Derecho, es lo que pretende conseguir con su cumplimiento la realización de la justicia que, dependiendo del

¹⁷ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 90-93

¹⁸ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 93

¹⁹ Diego Poole Derqui, “La Justicia” p 1 (disponible en: https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf; última consulta 6/03/2020)

momento, puede estar integrado por diferentes valores morales (hoy en día se considera justo la acción social y ayudar al que más lo necesita, cosa que no ha sido así a lo largo de la historia).²⁰

Existen otros tipos de justicia como la particular, referida a un individuo o caso concreto, la conmutativa, que hace referencia a justicia entre sujetos cuando hay una relación de intercambio o lesión de bienes²¹ y por último la justicia distributiva que hace referencia “*al reparto de bienes y cargas o funciones entre los miembros de una comunidad*”²².

3. PRINCIPIALES CORRIENTES FILOSÓFICAS

A continuación, se va a exponer brevemente las corrientes filosóficas más importantes a lo largo de la historia.

A. El iusnaturalismo

En primer lugar, el iusnaturalismo se centra en la dimensión valorativa o final (justicia). Esta dimensión está formada por principios morales y de justicia que son universales cuyo contenido han de respetar las normas de un sistema. Se pueden distinguir dos tipos de iusnaturalismos: teleológico y racionalista. Su diferencia radica en el origen o dónde se puede encontrar ese valor de justicia. El iusnaturalismo teleológico defiende que la justicia se encuentra en una realidad trascendental a nuestro mundo, es decir, que la justicia se halla en Dios o la ley eterna, realidad que escapa a nuestro mundo. En cambio, el iusnaturalismo racionalista defiende que la justicia se encuentra en la propia naturaleza humana del hombre, es decir, en una realidad inmanente y no trascendente.²³

El mayor representante del iusnaturalismo teleológico es Santo Tomás de Aquino. Este autor trató de conjugar fe y razón, entendimiento y voluntad. Existe una ley natural, eterna dictada por Dios, y es a través de la fe en Dios y con la ayuda de la razón es como pueden los hombres descubrir cual es la ley eterna. Cuando Dios la naturaleza a su vez pone la ley eterna que está dirigida a un fin, no se hace así sin más. A través de la razón el hombre puede llegar a conocer esa ley natural y así conocer el fin para el que fueron puestas, para así poder crear las suyas propias respetando su contenido y fin. Para Santo

²⁰ La Justicia, cit. p 8-10

²¹ La Justicia, cit. p 10-12

²² La Justicia, cit. p 13

²³ Rovetta Klyver, “*Iusnaturalismo teleológico y racionalista*”, 2011 (disponible en: <http://yessicaygcastillofilosofia.blogspot.com/2011/01/iusnaturalismo-teologico-y-racionalista.html>; última consulta: 24/06/2020)

Tomás, habría corrupción de ley en el momento que la ley del hombre no respeta la ley natural, pues deriva de ella. Así la ley “*se puede dictar como el dictamen de la razón práctica (entendimiento) que procede de una autoridad legítima (voluntad, quien gobierna, un poder y una fuerza que está guiado por el entendimiento) y una vez promulgada (forma) tiene como finalidad el bien común*”.²⁴

Como defensor del iusnaturalismo racionalista se va a estudiar a Baruch Spinoza. Se empezará hablando por su ética que nos ayudará a entender su propuesta política. Para Spinoza el hombre es una dualidad de materia y forma. La materia serían las pasiones que mueven a los hombres y la forma sería la razón. Cada hombre es el encargado de su propio fin, y para ello no puede moverse solo por las pasiones ya que no entenderá nada del mundo que le rodea dejando de hacer no consiguiendo ser feliz que es objetivo de todo hombre (la salvación). Esas pasiones tienen que combinarse con el entendimiento, que además tiene que prevalecer (no puede esperarse que los seres humanos eliminen totalmente sus pasiones), por lo que el hombre se configura, así como un deseo (pasiones) consciente (razón o entendimiento). Así no hay que caer ni en lo equívoco de arrastrarse solo por las pasiones tomando decisiones muy dispares, ni caer tampoco en lo unívoco del moralista puro que impone su voluntad.²⁵

En cuanto al plano político de Spinoza, defiende que el estado natural no es un estado organizado, sino que este se forma de manera artificial a través de un pacto entre los sujetos, el común decreto. En ese estado caótico de naturaleza, cada individuo se mueve por sus propios intereses cayendo así en lo equívoco. Se configura así un Estado con el objetivo de desarrollar la felicidad de todos individuos a través de un espacio donde se garantiza la paz y seguridad (la concordia). Pero como en el plano ético, esa multitud debe guiarse por entendimiento y no por las pasiones, porque si no es así se vuelve a caer en lo equívoco del estado de naturaleza (política de las pasiones), por lo que esa multitud tiene que guiarse como una sola mente a través de la razón (política razonable). Así esto es solo posible si la comunidad obedece a la ley renunciando a su derecho natural

²⁴ Cala López, O, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 2018 pp. 10-12

²⁵ Ausatégui, FJ, “El concepto de Poder en Spinoza”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, pp. 123-151

subjetivo que es sustituido por unas supremas potestades que se compromete a no cometer arbitrariedades, e intentando el fin último, la concordia.²⁶

B. El positivismo

El positivismo es la doctrina que se centra en la dimensión formal del derecho, reduciéndolo a la norma jurídica válida y que no es invariable (como ocurría con los iusnaturalistas), sino que es una realidad mutable sujeto a los cambios que hay en una sociedad a lo largo de la historia.

En primer lugar, encontramos la doctrina de John Austin. Intentaba hallar rasgos comunes a todos los sistemas jurídicos basándose en la imperatividad de la norma. Así, para este autor, es derecho todo mandato imperativo proveniente de un soberano, que es alguien al que la gran mayoría de un colectivo obedece y que además este no obedece a nadie. Como casi la gran mayoría le obedece, entonces, la norma adquiere coercitividad ya que de no ser cumplida habrá una sanción. Este imperativismo, después de haber transformado la norma en ley, es lo que diferencian las normas morales de las normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico. Así John Austin reduce el Derecho a un “conjunto de mandatos respaldados por amenazas”. Debido a que la ley es una orden del legislador, los jueces han de llevar a cabo una interpretación literal de la ley, ya que no puede desviarse de esa orden.²⁷

Sin embargo, Hart haría varias críticas al modelo planteado por Austin. En primer lugar, no todas las normas están respaldadas por una amenaza, como por ejemplo las leyes relativas a contratos que simplemente otorgan la facultad a las partes de autorregularse. Austin tampoco consigue explicar el carácter auto vinculatorio de las normas predicadas por un soberano, ya que si no las cumple no hay nadie por encima suyo que pueda asegurar su cumplimiento a través de una sanción. Tampoco todos los mandatos provienen del soberano, ya que la costumbre si tiene un carácter sancionador y no proviene de este.²⁸

²⁶ Ausatégui, FJ, “El concepto de Poder en Spinoza”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, pp. 123-151

²⁷ Isler Soto, C, “¿Es el Derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la Teoría Imperativista de Derecho”, nº 1, 2010, pp 149-152

²⁸ Tamayo Valenzuela, JA, *La Teoría del Derecho de H. L. A. Hart*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015 pp. 221-222

Hart introduce un elemento fundamental en su teoría analítica: la regla. A diferencia de Austin, que concebía la norma como la orden que habitualmente es obedecida, Hart señala que las reglas sociales no pueden solo existir por la práctica reiterada, sino que hay que llevar a cabo un estudio crítico sobre la actitud que están teniendo los receptores de esta ante su incumplimiento (lo llama el “aspecto interno de la norma” y que hace referencia a que esa regla ha de estar justificada y no que sea producto de una arbitrariedad). Lo que sí acepta de Austin es el hecho de que ahí donde hay derecho deviene un comportamiento obligatorio. Entonces, ¿cómo desligamos las reglas sociales de las reglas jurídicas si las primeras también pueden obligar? Hart responde a esta pregunta separando las normas jurídicas en primarias (imponen obligaciones) y secundarias (permiten localizar las normas primarias), ya que las reglas sociales no tienen una regla complementaria que nos indique de su existencia, sino por la reiteración y el ánimo de obligarse a ella.²⁹

Con esta combinación de normas primarias y secundarias no sólo se consigue un sistema jurídico, sino que consigue dar respuesta a muchas circunstancias diferentes y tiene que ver con el punto de vista interno anteriormente mencionado: los sujetos no tratan ya de predecir el comportamiento que se adecua a la norma, sino que utilizan esas normas para poder así utilizarlas como criterio para valorar su comportamiento.³⁰

Por último, Kelsen, concibió el Derecho como una ciencia estableciendo la Teoría Pura del Derecho. Reduce el Derecho a las normas validas desde el punto de e vista formal. El derecho “es lo que es” y no “lo que debe ser”, por lo que cualquier juicio moral o valorativo queda fuera del estudio del Derecho ya que la lógica jurídica no es capaz de hacer juicios morales porque los juicios de valor no son juicios científicos. Por esto, que una acción sea jurídica viene determinado porque está establecido en una norma y por ello goza de fuerza coactiva, porque es una ley promulgada correctamente en el sistema jerárquico de normas, independientemente de su contenido valorativo o eficacia.³¹

Se centra así en el derecho real y posible, no sobre lo que debería ser o lo que es justo, ya que estará condicionado por las circunstancias históricas y sociales de cada sistema, circunstancias cuyo análisis quedan fuera del campo del Derecho. Para poder ver si una

²⁹ Hart, H., *“El Concepto del Derecho”*, Oxford, 1968, pp. 99-113

³⁰ *La Teoría del Derecho de H. L. A. Hart*, cit. pp. 228

³¹ Kelsen, H. *“Teoría Pura del Derecho”*, Coyoacán, 2ª edición, 2011, pp. 53-60

norma pertenece a un sistema Kelsen introduce la pirámide normativa que es un sistema jerárquico de normas en las que las de rango inferior tienen que respetar a las superiores en cuanto a contenido y forma, como ya se ha expuesto en el primer apartado. Así, Kelsen reduce el Derecho a una lógica unívoca, pues lo configura como una ciencia.³²

C. El realismo jurídico

El realismo jurídico se centra en la dimensión material del Derecho, definido este como el conjunto de actuaciones y la experiencia.

Aunque el realismo jurídico alemán no conforme una escuela como tal es importante explicarlo ya que asienta ideas que posteriormente serán acogidas por las escuelas norteamericana y escandinava. Definen el Derecho como una lucha entre fuerzas, es decir, consideran el Derecho como acción. Así, Rudolf Von Jhering decía que es Derecho lo que realmente se realiza, y lo que únicamente se encuentra en papel (las leyes) pero no se cumple o se lleva a cabo tan solo es una “mera apariencia de Derecho”. En esta línea, el Derecho se trata de una idea práctica dirigida a un fin a través de unos medios, es decir, no podemos únicamente centrarnos en el fin, que ciertamente es importante, pero no hay que olvidar los medios para alcanzar ese fin, de lo contrario realizar estudios sobre el cómo debería ser el derecho o juicios de valor no serviría de nada, ya que es a través de los medios como se logra alcanzar el fin.³³

Por otra parte, encontramos a Oskar von Bülow que decía que la ley condiciona en escasa medida las resoluciones de los jueces, y es únicamente en estas donde el Derecho adquiere su completa forma. Esto se debe a que muchas veces el supuesto de hecho que debiera contemplar una ley no lo hace, ya que la realidad social es cambiante y el Derecho no se puede anticipar a este. Las leyes no son más que un proyecto de futuro, es decir, no es hasta el momento en el que el juez la aplica o la toma en consideración para dictar su sentencia cuando podemos hablar de verdadero Derecho.³⁴

En cuanto al realismo de la escuela americana, esta corriente ha tenido una enorme influencia, incluso hasta el día de hoy, en el ordenamiento jurídico americano. En primer lugar, nos encontramos a Oliver Wender Holmes que, siguiendo con el pensamiento

³² Teoría Pura del Derecho, cit., pp. 53-60

³³ Campos Zamora, FJ, “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas* nº 122, 2010, pp. 199-200

³⁴ Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, cit. p. 200

alemán, concebía el Derecho como la experiencia (y no la lógica) y es el estudio de esa experiencia lo que nos permite aplicar derecho correctamente. Holmes ejemplifica esto de una manera muy clara desde el punto de vista del *bad man* (hombre malo, el criminal) al que no le importan los principios axiológicos o éticos que se hayan tenido en cuenta a la hora de promulgar una ley, sino como realmente ³⁵se va a aplicar esa ley y las repercusiones que las sentencias puedan tener.

Otro referente de la escuela norteamericana es Harvard Roscoe Pound, que introduce la concepción del Derecho como una labor de “ingeniería social”. Pound defiende que hay que hacer un estudio sobre los factores preceptivos (reglas, principios, dogmática etc.) y de los intereses que hay en una comunidad, para que así el juez pueda comprobar que intereses han de ser protegidos y valorar como ha de protegerlos. Así, habrá que llevar a cabo un estudio sociológico sobre los impactos de una ley a la hora de promulgarla o si una ley consigue efectivamente proteger esos intereses (podemos ver aquí la influencia del esquema fin-medios del realismo alemán). Como el Derecho se configura como un instrumento para la vida social, para evitar que obstaculice la vida de una sociedad debido a que unas leyes no estén preparadas para regular un caso concreto (la realidad es cambiante), hay que entonces, dejar un amplio margen de actuación al juez para que pueda adoptar la resolución que más se adapte a cada caso concreto.³⁶

Por último, encontramos la escuela del realismo jurídico escandinavo. Rechazan el planteamiento tradicional del idealismo epistemológico y defienden una dualidad de sujeto-objeto. Esto quiere decir que el ser humano a la hora de recibir estímulos externos de la realidad no se produce una modificación de su conciencia, sino una modificación con una realidad distinta, sobre el objeto. En cuanto a la norma jurídica, no son tan radicales como los norteamericanos, ya que definen Derecho como la conjunción de la práctica social y de la norma de la que se sirven para interpretar y calificar los hechos, por lo que habrá Derecho solo si el contenido incluido en una norma es considerado por la práctica social, es decir, que es vinculante para sus destinatarios.³⁷

Para Axel Anders Hägerström, la norma solo existe si es vinculante para sus destinatarios, es decir, si la práctica social cumple lo que dice la norma, sobre todo en lo

³⁵ Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, cit. p. 203

³⁶ Leopoldo, G., “Aproximación al concepto de Derecho de Roscoe Pound”, UNAV, 1997, pp. 50-85

³⁷ Malnimen, T. “Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos”, *Universidad del Este de Finlandia*, pp. 151-173, 2019

que se refiere a los administradores de justicia. Considera que las normas contienen un contenido imperativo, pero este contenido no proviene de la voluntad de un legislador, sino que se proviene de una serie de reglas de comportamiento de una determinada comunidad. En la misma línea, Alf Ross defiende que las normas jurídicas sirven para poder interpretar los actos sociales, ya que el Derecho es la acción. Cuando el juez utiliza esta norma para interpretar los actos que se le suscitan cuando la norma jurídica surta sus efectos, ya que el contenido de las normas es cambiante debido a los cambios históricos, por lo que no se puede subordinar el acto a la norma. Ross configura la norma como una pauta de conducta para sus destinatarios, que deberán observarla en su actuación, pero sin establecer ningún tipo de verdad, sino solo para dirigir su comportamiento (elimina cualquier juicio de valor o de justicia para promulgar la norma).³⁸

³⁸ Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, cit. pp. 209-210

III. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Parece razonable abordar el tema objeto de estudio basándonos en los conocimientos aportados por la Sociología del Derecho, ya que esta “*se ocupa de la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez en, la sociedad; la mutua interdependencia entre lo social y lo jurídico*”³⁹. Sin embargo, esto no debe ser entendido como una reducción materialista del Derecho, es decir, en ningún caso podemos olvidar el resto de las dimensiones del Derecho.

1. CONTEXTO HISTÓRICO Y ANTECEDENTES

La Sociología del Derecho surge a principios del S. XX con autores como Max Weber y Émile Durkan. Este momento histórico se caracteriza por los numerosos avances tecnológicos (como la producción en cadena en fábricas), la revolución rusa y el final de la Primera Guerra Mundial. Todas estas circunstancias conllevan a numerosos cambios sociales como la eliminación del zarismo en Rusia, acabando así con las clases privilegiadas, la proliferación de fábricas por toda Europa, aumentando por lo tanto los obreros en las fábricas (con muy malas condiciones laborales todavía) o los efectos que tuvo el Tratado de Versalles en la economía alemana. Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, esta corriente surge como reacción contra el positivismo del siglo anterior que había reducido el Derecho a la ley escrita.

La Sociología del Derecho ha sido no surgió hasta principios del S. XX, pero se puede decir que ya Marx o con Ihering apuntaban hacia esta línea de pensamiento. Gurvitch, sociólogo, considera a Aristóteles y Montesquieu como aquellos que asentarían las bases de la Sociología del Derecho, y no es hasta autores como Max Weber, Emile Durkheim o A. Comte en Europa o Holmes o Roscoe Pund, en Estados Unidos, que no podemos hablar de esta disciplina como tal⁴⁰. Aristóteles realizó un análisis sociológico de su tiempo, dándose cuenta así de la conexión que hay entre derecho positivo con la sociedad, que culminará con una concepción normativa del Derecho, pero asienta bases muy importantes para esta disciplina (es más, nos interesa más para este trabajo la concepción de Aristóteles que la de Gurvitch ya que este último defiende una concepción anti

³⁹ Soriano, R, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, p.17

⁴⁰ Díaz, E, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, p.88

normativista del Derecho, tesis insostenible con la teoría tridimensional del Derecho).⁴¹ También se puede observar la misma línea de convivencia entre el hecho social y la norma con Montesquieu, estableciendo “*la conexión del Derecho con los datos estructurales e infraestructurales de la sociedad*”⁴², es decir, una conexión de la población, el clima etc. con el Derecho.

Uno de los puntos de partida de la Sociología del Derecho actual lo podemos encontrar en Karl Marx. Lo que aquí nos interesa más respecto a este autor es la conexión que hace entre estructura (la sociedad) y superestructura (el Derecho) como esta última viene determinada por la primera, en tanto que, es la organización socioeconómica en un lugar y tiempo determinados quien va a influir en cómo se configure el Derecho en una comunidad (vemos como aquí ya hay postulados sociológicos más claros). En el caso de Marx, el Derecho resulta ser un instrumento de opresión de la clase burguesa sobre el proletariado que viene determinado por el tipo de relaciones⁴³. Sin embargo, Marx, elimina todo tipo de normatividad en su superación de la concepción de Estado moderno que lo sustituye por una sociedad socialista en la que ya no hay lucha de clases, ya que en la sociedad socialista los medios de producción ya no son de propiedad privada sino colectiva. Esta propiedad de los medios de producción es la que, según Marx, determina la lucha y separación de clases, pero esta al haber desaparecido ya no es necesario el instrumento opresor del Derecho, por lo que este desaparecería (hecho que no fue finalmente alcanzado por las sociedades socialistas que se caracterizaban por un fuerte formalismo jurídico).⁴⁴

Por último, Max Weber, sobre el que se hablará más adelante y por ello no entraremos en más detalle en este apartado, llega a una conclusión conciliadora entre hecho social y norma, que, según él, la Sociología tiene que dedicarse a estudiar “*las probabilidades o chances del comportamiento social en función de un sistema coherente de reglas elaboradas por los juristas para un determinado tipo de sociedad*”.⁴⁵

⁴¹ Sociología y Filosofía del Derecho, cit. p.89

⁴² Sociología y Filosofía del Derecho, cit. p.89

⁴³ Sociología y Filosofía del Derecho, cit. p.91

⁴⁴ Sociología y Filosofía del Derecho, cit. p.92

⁴⁵ Sociología y Filosofía del Derecho, cit. p.96

2. ¿QUÉ ES LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO? DIFERENCIA CON OTRAS DISCIPLINAS

A. Sociología del Derecho

Como ya hemos adelantado en el epígrafe anterior, la Sociología del Derecho se encarga de estudiar la mutua interdependencia entre lo social y lo normativo, o de la influencia de los factores sociales en el Derecho, como apuntaba Friedman.⁴⁶ Se encarga del estudio de temas como la concepción del derecho, la norma, el ordenamiento jurídico, las reglas las instituciones o de problemas como la crisis del poder judicial, la igualdad al acceso de la administración de justicia entre otros.

Siguiendo el planteamiento de R. Treves, la Sociología del Derecho se encarga de dos enfoques complementarios sobre la relación de hecho y norma. Así, analiza qué representa el Derecho en la sociedad (si las normas son eficaces, que concepción tiene la población acerca del Derecho) y qué representa la sociedad para el Derecho (examina si el Derecho tiene en cuenta el hecho social que regula no reduciéndolo a la norma positiva, por ejemplo). Aunque se esté abordando la concepción de Derecho desde un punto de vista del hecho social, de la materia no podemos reducirla a esta, sino que hay que ponerla en relación con el resto de las dimensiones del Derecho, en este caso la dimensión formal.⁴⁷

Esta disciplina no solo se encarga de observar y analizar la eficacia de las normas ya elaboradas, es decir, si la sociedad efectivamente está cumpliendo una norma, sino que también se centra en un momento anterior a este, como es el de la producción legislativa, aunque con menor proliferación de estudios que en el primer caso.

B. Diferencia con otras disciplinas

Ahora bien, cabe la pregunta de si la Sociología del Derecho es una rama del Derecho o de la Sociología como tal, del Derecho o por si el contrario se trata de una disciplina autónoma. Además, en numerosas ocasiones los términos Sociología del Derecho y Sociología Jurídica vienen entremezclados pudiendo provocar confusión, por lo que el siguiente apartado trata de aclarar estos temas.

En realidad, la confusión producida entre Sociología del Derecho y Jurídica ocurre porque los autores muchas veces los utilizan como términos equivalentes, aunque no sea

⁴⁶ Sociología del Derecho, cit. p. 17

⁴⁷ Sociología del Derecho, cit. p. 17

así. En su obra, Jean Carbonnier realiza un deslinde entre ambos términos para seguidamente concluir que utilizará ambos términos de manera equivalente, aquí también se seguirá esta concepción. Define la Sociología del Derecho como la encargada del estudio de las reglas e instituciones y la Sociología Jurídica es la encargada del estudio que *“engloba todos los fenómenos de los que el derecho puede ser causa, efecto u omisión.”*. Vemos como la Sociología Jurídica se presenta como una concepción amplia en contraposición a la Sociología del Derecho que se centra más en los fenómenos más primarios como la ley o las decisiones administrativas. Para el presente trabajo se utilizará la concepción amplia de la Sociología Jurídica, aunque utilicemos la terminología de Sociología del Derecho.

Por último, cabe señalar que esta ciencia es considerada como una disciplina autónoma, que ni es una rama del Derecho ni tampoco de la Sociología General (aunque sí que es verdad que su origen viene de sociología y está más próxima a esta que a la ciencia del Derecho, ya que utilizan mayoritariamente el método empírico para formular sus postulados). Pero, aunque no se trate de una rama del Derecho, sus conocimientos no pueden ser olvidados por los juristas y deben ser utilizados como herramienta auxiliar.

3. CONTENIDO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

A. Conceptos clave

El primer concepto con el que nos topamos en esta disciplina es la de estructura social que hace referencia al contexto social, institucional y socioeconómico que hay en un determinado lugar y que suponen elementos unidos y con vocación de cierta permanencia.⁴⁸ La siguiente unidad sociológica que encontramos son los grupos sociales. En estos se agrupan individuos que se relacionan (aunque sea mínimamente) que persiguen un fin común y gozan de cohesión y unidad⁴⁹. Dependiendo de cómo sean los grupos sociales habrá una concepción del Derecho más o menos normativa. Así, por ejemplo, en los grupos rígidos, donde hay baja capacidad de autorregulación por parte de los individuos, se recurrirá más a la norma que en los sistemas flexibles donde existe libre capacidad de autorregularse, por lo que lo harán a través de los usos sociales, generalmente (esto no tiene que ser siempre así ya que en grupos muy rígidos como lo

⁴⁸ Sociología del Derecho, cit. p. 249

⁴⁹ Sociología del Derecho, cit. p. 253

son las sectas religiosas, hay una baja capacidad de autorregulación, pero sus normas vienen determinadas por los usos de ese grupo social).⁵⁰

Es interesante también hacer una distinción entre comunidades primitivas y poco complejas, y las sociedades más complejas. En las primitivas, debido a la baja complejidad de las relaciones entre individuos se caracteriza por una baja normatividad a diferencia de sociedades más complejas que precisan de una mayor regulación normativa, como, por ejemplo, en los sistemas burocráticos en los que se lleva a cabo una racionalización de las normas sociales a través del derecho, ya que debido al volumen y complejidad de la comunidad no es posible aunar todos los casos a través de usos sociales⁵¹. Vemos aquí como un estudio sociológico puede ayudar a entender las razones por las que una sociedad acude más o menos a una regulación jurídica y en qué casos no es tan necesaria.

Para definir estatus sociales nos remitiremos a la definición aportada por Ralph Linton: *“representa la posición del individuo respecta a la sociedad”*⁵². El hecho de pertenecer a un estatus social pone de manifiesto todas las posibles posiciones que puede tomar el individuo respecto de la sociedad. Por otro lado, el rol social se identifica con, según R. Soriano, lo que cabe esperar de un individuo por ostentar determinada posición en la sociedad y que es cambiante dependiendo del tipo de relación que se esté dando.⁵³

Aquí lo que nos interesa es la distinción que hay entre normas primarias y secundarias. Como ya hemos dicho, las normas primarias son las encargadas de conferir derechos y obligaciones a cada individuo que se identifican con los diferentes roles que puede ostentar un individuo. Las normas secundarias son las encargadas de organizar y estructurar a las primarias por lo que estas se identifican con el estatus social (el rol social deriva por ostentar un determinado estatus social al igual que las normas primarias otorgan unos derechos y deberes en base a la asignación de las normas secundarias).⁵⁴ Dependiendo del tipo de estatus que haya en una comunidad habrá una concepción diferente del Derecho. Así, por ejemplo, cuando nos encontramos ante estatus originario (no hay posibilidad de movilidad a otro estatus) se regirán por sistema de Derecho más

⁵⁰ Sociología del Derecho, cit. p. 263

⁵¹ Sociología del Derecho, cit. p. 263

⁵² Sociología del Derecho, cit. p. 259

⁵³ Sociología del Derecho, cit. p. 262

⁵⁴ Sociología del Derecho, cit. p. 265

autoritario, a diferencia de las sociedades con estatus adquiridos que optaran por un sistema más democrático, que es sin duda la opción ideal en la sociedad actual.⁵⁵

Por otro lado, la estratificación social hace referencia a la organización vertical de los grupos y clases sociales, orden que produce diferencias entre sus integrantes. Los criterios que se utilizan para discriminar a uno u otro grupo dependen del momento histórico, ya que antes podían ser factores como la raza o el género, pero hoy en día, en una sociedad democrática al menos, únicamente sirve como criterio diferenciador el factor económico.⁵⁶ En cuanto a las clases sociales, es uno de los términos más difusos y que con menor rigor ha conseguido explicar la sociología. Se trata de la unidad prototípica de estratificación del capitalismo y que se contraponen con los conceptos de estamento y casta propios de las sociedades más tradicionales.⁵⁷ Para definir clase social utilizaremos el concepto aunado por M. Weber, que defiende que conforman un grupo social quien tiene:

*“las mismas probabilidades en la provisión de bienes, la posición externa y el destino personal, que derivan, dentro de un mismo orden económico, de la magnitud y naturaleza del poder de disposición (o su carencia) sobre bienes y servicios y de las maneras de su aplicabilidad para la obtención de rentas o ingresos”*⁵⁸

Dependiendo del tipo de estratificación en una sociedad, habrá una concepción de derecho diferente. Así, en las sociedades estamentarias, el Derecho se configura como elemento que conformará la jerarquía (el derecho define los estamentos). En el caso de clases sociales, el Derecho no es un elemento interno, sino que es externo. Las clases son abiertas y no están definidas por el derecho, sino que son otras normas las que la definen. Estas normas son usos sociales, dotadas de una gran coactividad social, que regulan el comportamiento y la relación entre clases.⁵⁹

Hoy en día, la actitud de las clases más bajas hacia el Derecho no se corresponde con la de épocas anteriores. Antes, se entendía que el Derecho era un instrumento que sólo utilizaban las clases privilegiadas (por el difícil acceso de las clases más bajas), y las clases más bajas no lo utilizaban y recurrían a usos sociales o se tomaban la justicia por

⁵⁵ Sociología del Derecho, cit. p. 266

⁵⁶ Sociología del Derecho, cit. p. 267

⁵⁷ Sociología del Derecho, cit. p. 269

⁵⁸ Sociología del Derecho, cit. p. 272

⁵⁹ Sociología del Derecho, cit. p. 282

su mano. Hoy esta concepción queda abandonada por el hecho de que ahora, al encontrarnos en un Estado Social, el Estado lleva a cabo normas de promoción que benefician a las clases más bajas.⁶⁰

El control social hace referencia a la influencia que ejercen las normas e instituciones en una comunidad concreta, ya que, si definimos el Derecho como un instrumento mediante el cual se protegen los intereses de una comunidad, podemos ver claramente el elemento de control en este.⁶¹

Una de las razones por las que el Derecho sirve como herramienta de control social es por la coercibilidad de sus normas, entendida esta como el posible castigo que puede imponer una norma en caso de incumplimiento (coactividad haría referencia a ese castigo, pero ya materializado). Pero esto no es una característica exclusiva de las normas jurídicas, ya que hay normas sociales que también están provistas de esta, como por ejemplo las normas o usos sociales que dividen las clases sociales y su coercibilidad se materializa en el plano social (reproche social, moral etc.). Sin embargo, lo que diferencia a las normas jurídicas en este sentido es que la coercibilidad de estas se encuentra formalizada en normas e instituciones que contienen las sanciones ante su incumplimiento.⁶² Por lo tanto, podemos decir que el Derecho son las normas sociales de una comunidad dotadas de una coercibilidad formal.⁶³

Esta coercibilidad que diferencia a las normas sociales de las jurídicas viene garantizada gracias a las sanciones contenidas en estas últimas. Es cierto que la coercibilidad de ciertas normas jurídicas puede en muchos casos las normas son cumplidas por reconocimiento general o aceptación (como es el caso del delito de trata de blancas, por ejemplo), pero en el caso de que una norma no sea aceptada o reconocida, dependiendo de la sanción que lleve impuesta será más o menos cumplida⁶⁴. Podemos ver entonces como la coercibilidad se trata de un elemento esencial para asegura el cumplimiento del Derecho en los casos que las normas jurídicas no atendiesen a las normas sociales de un momento, pero si todas las normas jurídicas contemplan esas normas sociales, la coercibilidad deja de ser un elemento esencial del Derecho.

⁶⁰ Sociología del Derecho, cit. p. 284

⁶¹ Sociología del Derecho, cit. p. 317

⁶² Sociología del Derecho, cit. p. 342

⁶³ Sociología del Derecho, cit. p. 343

⁶⁴ Sociología del Derecho, cit. p. 343

Como ya hemos dicho, esta coercibilidad de las normas se traduce en coactividad cuando son incumplidas a través de la imposición de una sanción, por lo que esta es un elemento fundamental para poder asegurar la eficacia de las normas en un sistema jurídico, salvo en el caso que ya hemos dicho en el que las normas jurídicas se corresponden con las normas sociales⁶⁵. En un Estado de Derecho las sanciones deben seguir tres requisitos: generalidad de sanciones en todas las normas (y generalidad en su imposición a toda la comunidad), proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción e imparcialidad, es decir, separación del sujeto que incumple y que juzga el hecho incumplido⁶⁶. De no ser así las sanciones perderían legitimidad y por ello perder su fuerza coactiva no pudiendo garantizar la eficacia de todo un sistema jurídico, y como ya hemos dicho en la introducción, un sistema que pierde su eficacia de manera general perderá su validez.

B. Poder, burocracia y Derecho

El poder lo podemos definir como la capacidad de un sujeto de imponer decisiones en una comunidad o colectivo de personas⁶⁷. En la época de los grandes absolutismos, el Derecho se articulaba como una variable dependiente del poder, utilizándolo como una máscara de legitimidad, que oculta el hecho de que las normas son impuestas por la voluntad del poder más absoluto⁶⁸. Esto es lo que ha ocurrido en los absolutismos en los que el monarca argumentaba que según la ley divina todo el Derecho emanaba del monarca absoluto, utilizando así al Derecho como un elemento que trataba fundamentar el ejercicio de ese poder absoluto.

Sin embargo, en las sociedades democráticas el poder está al servicio del Derecho, es decir, este limita, regla y legitima el uso del poder. Así la norma jurídica establece los requisitos que hay que cumplir para que la máxima autoridad pueda hacerse uso del poder. Entonces ya no nos encontramos ante un poder absoluto, que emana de la sola voluntad de un poder centralizado, sino que se convierte en un poder jurídico que implica que todo poder debe tener una legitimidad en su origen (cuando accede al poder de una manera legítima, como es el caso de los procedimientos democráticos contemplados en las

⁶⁵ Sociología del Derecho, cit. pp. 345-346

⁶⁶ Sociología del Derecho, cit. pp. 346-347

⁶⁷ Sociología del Derecho, cit. p. 319

⁶⁸ Sociología del Derecho, cit. p. 325

normas supremas de las sociedades democráticas) y en su ejercicio (cuando a la hora de ejercitar un poder concreto este tiene que estar contemplado en una norma jurídica).⁶⁹

La burocracia juega un papel fundamental en la reglamentación del poder a través del Derecho. En palabras de R. Soriano la burocracia se puede definir como: *“la organización racional, formalizada y centralizada, de una serie de recursos humanos y materiales para obtener la máxima eficacia por medio de reglas y procedimientos generales de uniforme aplicación”*⁷⁰. La burocracia surge como un instrumento que trata de adecuar los medios de los que se sirve el Derecho para alcanzar sus fines y que lo consiga de una manera eficaz, por lo que no puede ser arbitraria.⁷¹

A través de la burocracia se consigue una mayor certeza y seguridad jurídica por la aplicación de este. También se logra un tratamiento igualitario y uniforme ya que la burocracia elimina los privilegios y se consigue eficacia a través de personas expertas. Sin embargo, la excesiva uniformidad y formalismo puede conllevar a que los cambios sociales, que como siempre se anticipan al derecho, no puedan tener un tratamiento diferenciado exigiendo una respuesta diferente de la que se venía dando⁷². Es por ello por lo que es necesario conjugar este principio burocrático con áreas informales que permitan adaptar los cambios sociales al Derecho vigente.

Parece que hay una relación estrecha entre burocracia y Derecho, es decir, cuanto más burocrática sea una sociedad más cantidad de Derecho reglado habrá como es lógico, ya que no cabe concebir una sociedad burocrática reglada a través de usos sociales, a menos que nos encontremos con colectivos muy integrados y cohesionados que no necesitan de normas. Generalmente cuando un colectivo quiere adecuar sus medios a los fines deberá valerse de la norma jurídica para, eficazmente, lograr su objetivo⁷³. Por ejemplo, en el caso de ONG's como Greenpeace comenzaría a conseguir sus objetivos casi sin reglamentación alguna, pero a medida que fue creciendo se ha hecho valer de normas “positivas” para llevar a cabo su actuación (es lo que sucede en el paso de las sociedades primitivas a las más complejas, como se vio en la introducción).

⁶⁹ Sociología del Derecho, cit. p. 325

⁷⁰ Sociología del Derecho, cit. p. 328

⁷¹ Sociología del Derecho, cit. p. 328

⁷² Sociología del Derecho, cit. p. 329

⁷³ Sociología del Derecho, cit. p. 337

Pero la burocracia no se trata solamente de un elemento que estructura una sociedad, sino que también sirve como un medio de control social, ya que como sus normas se aplican a una comunidad de manera uniforme y generalizada su práctica reiterada determinará los comportamientos de una serie de individuos⁷⁴. Es por ello por lo que, cuando se pasa de sociedades menos complejas, regladas en su mayoría por normas sociales, a sociedades más complejas, en las que se burocratiza el Derecho, centralizándolo y haciéndolo uniforme, cuando ciertas minorías pierden su identidad y por ello abandonan la organización burocrática crean comunidades regladas por normas sociales. Parece que, a la hora de pasar a una organización burocrática, se sacrifica la identidad de ciertos grupos sociales para ganar en eficacia y productividad.⁷⁵

En mi opinión, esto es lo que ha ocurrido en España con la implantación del modelo descentralizado de las Comunidades Autónomas. Se sacrifica la uniformidad y seguridad que ofrece la centralización por la gestión más acorde con la identidad de cada grupo (cada Comunidad Autónoma), permitiéndoles participar en mayor medida en las medidas a implantar en su territorio en contraposición a la implantación de medidas centralizadas. Sin embargo, estas Comunidades también adoptan un modelo burocratizado, aunque con menor pérdida de identidad de ciertos grupos al ser menos centralizada que un modelo burocrático a nivel de Estado.

Parece que un modelo ideal sería la creación de sociedades “paralelas” en las que la no se pierda la identidad de ciertos grupos, permitiéndoles participar en las decisiones, adoptándolas de manera conjunta, reduciendo así la normatividad y permitiendo al Derecho adaptarse correctamente a los cambios sociales. Como la burocracia surge para llevar a cabo el Derecho de una manera eficaz y productiva, esta ya no tendría razón de ser en sociedades donde a través de la participación de sus miembros puedan reglar su vida sin necesidad de un aparato burocrático, ya que ya serían eficaces y productivas y parece que esto entra en concordancia con los derechos de la dignidad de la persona de los Estados Sociales.

Sin embargo, hoy en día esto es imposible, sino no se cambia la mentalidad hacia el Derecho. Aunque el poder se halle reglado por el Derecho, el poder es casi exclusivamente estatal (sin contar los casos de autotutela de las relaciones privadas,

⁷⁴ Sociología del Derecho, cit. p. 329

⁷⁵ Sociología del Derecho, cit. p. 338

aunque en el seno de esta aún se recurre al Estado en casos de incumplimiento de un contrato, por ejemplo).

C. La importancia de la Sociología del Derecho

A lo largo de la historia, a la hora de promulgar Derecho o realizar cambios legislativos el legislador no se ha hecho valer, generalmente, de los conocimientos que la Sociología puede aportar.

En primer lugar, los sociólogos pueden aportar las causas por las causas que son tenidas en cuenta por una comunidad para considerar un determinado sistema jurídico (o norma concreta) legítimo, cuestión fundamental ya que si carece de esta legitimidad difícilmente serán respetadas y seguidas sus normas jurídicas. Esto no es importante sólo en los casos de las autocracias, donde la legitimidad observada por la comunidad es mínima, sino también en los casos de promulgación de nuevas normas donde habrá que llevar a cabo una investigación sobre los hechos sociales de los que se sirve la norma de base para establecer sus postulados. Los sociólogos pueden aportar datos esenciales de la realidad social para que así, pueda adecuarse los contenidos de la norma a la comunidad, y no al revés, es decir, que el comportamiento social se tenga que adaptar a la norma por no haber, previamente, observado la materia que regula.⁷⁶

Como ya hemos dicho, el comportamiento humano está regulado por una serie de normas, que pueden ser de muchas clases (morales, sociales, jurídicas). Sin embargo, una de las características de las jurídicas es que estas están dotadas de coactividad que las hacen obligatoria. Puede que una norma jurídica se cumpla, pero debido a esta coactividad y no por la aceptación por parte de la sociedad, y es aquí donde el papel de los sociólogos es fundamental para poder ver qué criterios tiene en cuenta la comunidad para no aceptar el contenido de esa norma.⁷⁷

La coactividad de una norma tiene que ajustarse a las exigencias sociales, por lo que el grado de coactividad tiene que estar en consonancia con las exigencias de la sociedad respecto al interés protegido en la norma en cuestión y esto dependerá del momento histórico.⁷⁸ Por ejemplo, en el caso de la transición política española de 1975, donde España venía de un sistema altamente coactivo para la sociedad (las penas impuestas para

⁷⁶ Sociología del Derecho, cit. p. 40

⁷⁷ Sociología del Derecho, cit. p. 40

⁷⁸ Sociología del Derecho, cit. p. 41

proteger ciertos intereses eran consideradas excesivas o incluso ni si quiera contemplaban ciertos interés protegidos como tales), por lo que se redujo la coactividad del sistema y esto fue fruto de observar la realidad social. Podemos ver como los estudios sociológicos tienen por objeto estudiar los principios axiológicos o éticos que tiene una comunidad concreta, para poder así traducirlos en la norma jurídica.

Otro de los temas donde la sociología puede resultar útil es la eficacia de las normas. Como dijo Kelsen, las normas se promulgan para ser cumplidas, por lo que necesitan un grado, aunque sea mínimo, para que la norma resulte válida (recordemos el desuetudo abordado en el epígrafe de conceptos preliminares), como dirían el realista Rudolph Von Jhering: *“aquello que no sucede en la realidad, y se encuentra sólo en papel, es una mera apariencia de Derecho”*⁷⁹. La eficacia de las normas jurídicas viene determinada por dos factores: la aceptación de dicha norma por la comunidad y el grado de coactividad del que estén dotadas.

Así, la ineficacia de una norma puede venir determinada por factores internos o externos a la norma. En cuanto a los internos, son, a modo de ejemplo, que haya lagunas en la norma, que sea contradictoria con otra ya existente, entre otras. Los factores externos se refieren a las casusas sociales que producen rechazo en la norma. Es aquí donde la labor del sociólogo es fundamental y debería llevar a cabo una actividad de ayuda a los legisladores a la hora de promulgar una ley.⁸⁰

Actualmente, y debido a la promulgación del Estado Social, el sociólogo también tiene una labor fundamental en cuanto a justicia distributiva se refiere. Se aplicarán regímenes más beneficiosos a determinados colectivos en atención a unos criterios. Hay que llevar a cabo dos labores: primero deslindar los grupos para ver quien se beneficiará, y segundo, el grado de beneficio que se le otorga a ese grupo, por lo que la labor de los sociólogos hoy en día es fundamental en este sentido.⁸¹

4. LA APLICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO

Debido a que el objeto de estudio del trabajo se centra en la eficacia de las normas jurídicas, vamos a ver ahora la Aplicación Económica del Derecho (en adelante AED),

⁷⁹ Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico, cit. p. 199

⁸⁰ Sociología del Derecho, cit. p. 45

⁸¹ Sociología del Derecho, cit. p. 43

ya que en parte estudia cómo reaccionará una comunidad ante la promulgación de una norma, pero desde una perspectiva de estudio diferente al de la Sociología del Derecho.

A. Concepto y presupuestos generales

La AED tiene su origen en Estados Unidos, en los años sesenta, con el juez Richard Posner como uno de sus precursores principales y donde también ha resultado ser un movimiento fundamental, utilizándose como método por muchos jueces y legisladores, llegando al punto de resultar una práctica obligada por una norma jurídica en algunos casos.⁸²

En una primera aproximación, la AED consiste en llevar a cabo un estudio de las normas jurídicas, y del ordenamiento jurídico, tomando los conocimientos de la economía para llegar a conclusiones. La economía es una ciencia que estudia el comportamiento humano en situaciones en las que hay escasez de recursos (debido a la limitación de capital un agente económico al tomar una decisión estará sacrificando el realizar otra distinta, es decir, el coste de oportunidad). Este método, trata por tanto asimilar el Derecho a la Economía debido a varias razones.⁸³

Como ya hemos dicho, el Derecho influye el comportamiento de una sociedad. La AED parte de la premisa de que esta influencia es predecible y cuantificable. Esto es así porque, como ocurre en la economía, se parte del presupuesto de que un individuo actúa de una manera perfectamente racional, maximizando la utilidad (lo que quiere decir es que, por ejemplo, si a alguien se le presentan dos productos que comprar y uno es más caro que otro el consumidor decidirá la que menor precio tenga que maximice su rentabilidad).⁸⁴ Defiende que las normas jurídicas influyen de una manera muy parecida a como lo hacen los precios en un mercado, por lo que esta reacción ante una norma se podría predecir. No podemos olvidar que no siempre los individuos se comportan de una manera perfectamente racional (en realidad muy pocas veces es así) y debe ser tenido en cuenta por lo que no podemos considerar este método como una ciencia exacta (en la

⁸² Arjona, A. y Rubio, M., “El Análisis Económico del Derecho”, Research Gate (disponible en: https://www.researchgate.net/publication/267681206_El_analisis_economico_del_derecho; última consulta: 3/04/2020) p. 4

⁸³ González Amuchástegui, J., “El Análisis Económico del Derecho”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho nº 14-15, 1994, p. 934

⁸⁴ Doménech Pascual, G., “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho”, *Revista de Administraciones Públicas* nº 195, 2014, p. 103

economía esto ocurre muchas veces y es una de las razones por las que predecir la evolución del mercado muchas veces es más un arte que una ciencia)

El último presupuesto al que hay que hacer referencia es a que todas las decisiones jurídicas se toman en condiciones de escasez (de aquí de la aplicación de principios económicos). En nuestra norma constitucional, el legislador está obligado a defender o promover unos determinados intereses, como la libertad, la propiedad privada, la igualdad ante la ley, entre muchos otros. Es imposible que a la hora de promulgar normas se satisfagan todos los intereses simultáneamente.⁸⁵ Así, por ejemplo, a la hora de dictar la normativa fiscal sacrifica en parte el principio de igualdad en aras de fomentar otro interés como es el de solidaridad.

Para llevar a cabo el estudio este método se hace valer de conocimientos de economía, matemáticas o estadística para poder predecir el impacto que tendrá una norma en la sociedad. La Sociología del Derecho y la AED comparten la materia de estudio, que es la sociedad, pero lo abordan desde perspectivas diferentes, ya que cada uno se sirve de una ciencia diferente, la primera utiliza la sociología y la segunda la economía.

B. Análisis positivo y normativo

El análisis positivo es el estudio de las consecuencias reales de una determinada norma jurídica. Estudia cual va a ser la reacción de la comunidad ante una norma, y cuáles van a ser los costes (los intereses que tenemos que sacrificar, pues no se pueden proteger todos) y los beneficios (el interés que trata de proteger la norma), siendo necesario que los beneficios superen a los costes para poder promulgar una norma⁸⁶. Por ejemplo, en el caso de que se quisiera promulgar una norma que aumente el número de supuestos de asistencia jurídica gratuita para poder así defender a los más desprotegidos (interés que se trata salvaguardar) habría que ver que costes conllevaría, como el hecho del aumento de la carga de trabajo de la administración de justicia que podría derivar en un enorme retraso de los procesos judiciales influyendo negativamente en colectivos más grandes.⁸⁷

El análisis normativo hace referencia a, en base al análisis positivo, las decisiones que debería propugnar el legislador, a la vista de las posibles consecuencias que esta pueda tener.⁸⁸

⁸⁵ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 103

⁸⁶ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 104

⁸⁷ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 105

⁸⁸ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 105

C. La utilidad de la Aplicación Económica del Derecho

Llevar a cabo una AED ayudará al legislador a conocer como concibe la sociedad un determinado sistema jurídico, como reaccionar a él y que implicaciones tenderán estas reacciones en el bienestar social o como pueden determinados hechos sociales afectar al contenido de las normas⁸⁹, como lo hacía la Sociología del Derecho, pero desde una perspectiva diferente. También permite predecir si una determinada solución jurídica realmente es el medio adecuado para satisfacer los intereses para la que fue promulgada, es decir, si una norma realmente consigue el fin por la que fue promulgada.

Además de resultar de gran ayuda en la promulgación de una norma también va a ayudar a aplicar e interpretar correctamente el ordenamiento jurídico. Esto significa que a la hora de aplicar e interpretar Derecho vamos a tener que llevar a cabo una ponderación de interés para ver cuál es el más importante, como ya hemos dicho⁹⁰. Pero no sólo hay que ver cuál de los intereses es más importante, sino que para proteger ese interés hay que lesionar lo mínimo posible el interés subordinado (metodología muy parecida al principio de maximización de beneficios de la Economía). Esto queda muy claro a través de las palabras de Robert Alexxy:

“sólo cabe restringir o limitar el alcance prima facie de un principio jurídico cuando ello resulte: útil para satisfacer un fin legítimo; necesario, de modo que de entre todas las alternativas útiles para lograr ese objetivo se escoja la menos restrictiva; y ponderado —o no excesivo—por superar los beneficios de la restricción a sus costes.”⁹¹

⁸⁹ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 119

⁹⁰ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 123

⁹¹ Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho, cit. p. 123

IV. LA EFICACIA

A continuación, vamos a exponer más detenidamente el concepto de eficacia, que ya fue mencionada en el principio del trabajo. Veremos el concepto de eficacia, los tipos de cumplimiento que puede haber respecto de una norma, los factores que influyen en el cumplimiento de las normas y por último se hablará de la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale, fundamental en el presente trabajo.

1. EL CONCEPTO DE EFICACIA

Como ya adelantamos al principio del trabajo, la eficacia puede tener tres sentidos diferentes: jurídico, político y sociológico, y como se dijo, a la Filosofía del Derecho le interesa esta última. Hace referencia al grado de cumplimiento efectivo de una norma, es decir, en que grado los destinatarios efectivamente cumplen el contenido prescriptivo de las normas jurídicas.

Esto puede entenderse desde dos perspectivas complementarias: como el grado en el que los operadores jurídicos aplican una norma (si a la hora de suscitarse el presupuesto de hecho de la norma, realmente los jueces la aplican), o si es cumplida por los ciudadanos. Como vemos, estas perspectivas se complementan ya que si los operadores, ya que si los operadores jurídicos no aplican la norma no se podrá asegurar el cumplimiento de los que incumplen. Aunque es cierto que no es lo mismo cumplir una norma por voluntad propia que porque venga impuesta por un juez, en ambos casos estaríamos hablando de dos normas completamente eficaces.⁹²

La eficacia puede ser entendida o bien como eficacia como resultado o como eficacia como cumplimiento, en este apartado veremos la primera. Con la promulgación de toda norma jurídica el legislador pretende un fin con ella, es decir, se instrumentaliza el Derecho hacia un fin, por lo que entonces resultará eficaz si efectivamente logra ese fin. Esto no solo vale predicarlo respecto a una norma, sino que también es posible respecto del ordenamiento jurídico en general, como por ejemplo ver si las normas procesales en efecto consiguen eficazmente conseguir la realización de la justicia (fin). El legislador al promulgar una norma deberá hacerse un cálculo de utilidad para ver la opción que

⁹² Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p. 86

consigue alcanzar de la mejor manera el fin de la norma incurriendo en los mínimos costes (esto va en línea con los conceptos ya vistos de la AED).⁹³

Pero en realidad, para el presente trabajo, nos interesa más el concepto de eficacia entendida como cumplimiento por parte de sus destinatarios. Puede ocurrir que una norma sea eficaz en su cumplimiento, pero sea ineficaz en cuanto a su resultado, es decir, no logra el fin para el que fue promulgada y, aunque sus destinatarios sean conscientes de ello la cumplirán aun así debido a la coactividad de la norma. Pero no ocurre al revés ya que si no hay cumplimiento de la norma difícilmente podrá haber eficacia en cuanto a resultado. Así la eficacia como cumplimiento es condición necesaria de la eficacia como resultado, pero es una condición esencial de la misma.⁹⁴

2. EFICACIA COMO CUMPLIMIENTO: LA ESCALA DE EFICACIA

Es imposible que una norma jurídica sea completamente eficaz, ya que será incumplida por lo menos una vez (no vivimos en una sociedad completamente homogénea). Pero entonces, ¿cómo determinamos la eficacia de una norma?, ¿cuántos actos de incumplimiento son necesarios para determinar que una norma es ineficaz? En este sentido nos vamos a apoyar en la escala de eficacia que construyó Norberto Bobbio de la que se sirve de dos criterios para determinar el salto de un escalón a otro: el grado de cumplimiento voluntario (esto hace referencia a como una comunidad cumple una norma por si sola, no siendo necesario el aparato coactivo del Estado para asegurar su eficacia) y que reacción hay ante el incumplimiento de la norma.⁹⁵

En primer lugar, encontramos las normas que se cumplen de una manera espontánea y que no necesitan de coactividad para que se cumplan. Los ciudadanos cumplen la norma sin siquiera haber contemplado su contenido, ¿por qué?, porque el contenido de dicha norma coincide con la norma moral establecida. Es el ejemplo del art. 156 del Código Civil donde está contenida la obligación de los padres de velar por sus hijos (patria potestad). Los padres no cuidan a sus hijos porque lo imponga el legislador, sino porque es una norma moral, no por la eventual sanción a imponer. Lo ideal es que todas las normas se encontrasen en este escalafón, lo cual resulta utópico en grandes sociedades complejas de nuestro tiempo (aunque si pudiera llegar a ocurrir en pequeñas comunidades), pero sí que es verdad que la mayoría de las normas se deben situar aquí,

⁹³ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p. 87

⁹⁴ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p. 87

⁹⁵ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p. 88

porque si no resultaría difícil predicar la eficacia global de un sistema que se basa en la coactividad para asegurar su cumplimiento.⁹⁶

En segundo lugar, encontramos las normas que generalmente se cumplen, pero no de una manera espontánea, sino que se cumple por miedo a la sanción. Esto puede ocurrir porque el contenido de la norma no se ajusta a las concepciones morales de una comunidad (como es el caso de ciertas normas fiscales, como sería el caso de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, tan discutido en nuestro país) o por tratarse de normas procedimentales (en normativa procesal se cumplen los plazos por miedo a perder la oportunidad de presentar un recurso, por ejemplo).⁹⁷

En estos dos primeros escalones la norma es eficaz, es decir, la norma se cumple, bien por la propia espontaneidad del destinatario o por la coercibilidad de la norma, que, aunque ambos casos sean eficaces no lo son de la misma manera. Sin embargo, en los siguientes escalones nos encontraremos ante casos de normas ineficaces.

Así pues, el tercer escalón con el que nos encontramos es el caso de las normas que se incumplen aun cuando el ordenamiento jurídico prevé una sanción ante el incumplimiento y efectivamente se impone dicha sanción. Esto puede ser fruto del hecho de que el contenido prescriptivo a seguir de una norma resulte más costoso que la propia sanción que impone, como es el caso de la regulación medioambiental en la que, por ejemplo, se obliga a dotar de un filtro de partículas a ciertas fábricas, pero cuesta más el filtro y su instalación que la propia multa que se impone. Pero el caso que más preocupa, desde nuestro punto de vista, es que los destinatarios de una norma incumplan el precepto definido por entender que viola notablemente sus convicciones morales asumiendo así una sanción conscientemente. Este es el caso de la gestación subrogada o la eutanasia. El legislador tiene que estar continuamente pendiente de la realidad social que regula para que haya una correspondencia entre la norma y las convicciones morales mayoritarias de una sociedad. Sin embargo, y más hoy en día, esto no puede suponer que a la hora de promulgar o cambiar normas se lleve a cabo porque un colectivo determinado de personas lo demanda y se intenta obtener los votos de este grupo. El legislador debe hacer política

⁹⁶ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 88

⁹⁷ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 88

en mayúsculas y cambiar o promulgar estas normas cuando verdaderamente lo demande la sociedad en su conjunto y no como política electoralista para obtener votos.⁹⁸

En último lugar encontraríamos casos en los que ni hay cumplimiento por parte de sus destinatarios ni tampoco hay sanción ante tal incumplimiento debido a que ni siquiera los jueces aplican o contemplan la norma incumplida. Esto se corresponde al desuetudo que ya analizamos al principio del trabajo.⁹⁹

3. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA EFICACIA

Los factores que contribuyen a la eficacia del Derecho ha sido un tema muy abordado por los sociólogos como Hans Rieffel o William M. Evans¹⁰⁰. Para el desarrollo de este apartado nos basaremos en los factores considerados por R. Soriano.

El primer factor trata la sociabilidad de la norma. Se refiere al sentimiento de pertenencia a una sociedad concreta por parte de un individuo. Si nos sentimos parte de una sociedad entenderemos que debemos respetar sus normas para lograr los fines últimos de ese tipo de sociedad en concreto. Cuando un sujeto no tiene ese sentimiento de pertenencia a esa sociedad suele formar grupos más pequeños, como por ejemplo cualquier grupo antisistema actual que no comparte muchos valores capitalistas presentes en la mayoría de las sociedades complejas. Una sociedad fuertemente cohesionada y que trata de integrar a todos los grupos sociales es vital para poder tener un ordenamiento jurídico eficaz.¹⁰¹

El conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios es fundamental para que estos puedan cumplir las normas, como es lógico, aunque claro está la ignorancia ante una norma no excusa su cumplimiento. Aun así, los poderes públicos deben proporcionar los medios adecuados para que se conozca el Derecho, no pudiendo adoptar una postura cómoda o pasiva. Uno de los medios utilizados es la formalización de la norma jurídica en un texto escrito. Aunque se consiguiese que una sociedad se pueda regular únicamente a través de usos sociales (escenario claramente utópico), necesitaría recurrir a la formalización escrita para que sus destinatarios pudieran conocer la norma. Pero consignar la norma por escrito no es suficiente para que pueda ser conocida por una comunidad, sino que además el legislador tiene que asegurar *“la presencia social del*

⁹⁸ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 89

⁹⁹ Apuntes de Teoría del Derecho, cit. p 89

¹⁰⁰ Sociología del Derecho, cit. p. 402

¹⁰¹ Sociología del Derecho, cit. p. 403

Derecho”, es decir, hay que dotar a la norma escrita de unos medios para que pueda ser conocida. Esto se cumple en nuestro sistema a través del Boletín Oficial del Estado. Además, hoy en día con la promulgación de los Estados Sociales, se han implantado servicios de asistencia gratuita para poder así acercar el derecho a las clases sociales más bajas que históricamente veían este como un elemento ajeno a ellos (vemos como esta medida contribuye notablemente a la eficacia).¹⁰²

Según R. Soriano, el factor que más influye en la eficacia es la aceptación social del Derecho. La aceptación *“hace referencia a una adhesión de las normas, que puede producirse de una manera espontánea, porque la persona entiende que debe obedecer a las normas y a los poderes públicos simplemente, o reflexiva, cuando piensa que debe hacerlo en virtud de los beneficios que la norma reporta.”*¹⁰³. La aceptación espontánea tiene que ver más con un instinto de justicia, es decir, es más un sentimiento que una reflexión. En cambio, la aceptación reflexiva se relaciona más con una convicción (hay un proceso cognoscitivo más complejo) que puede ser general, cuando se acepta el derecho de manera global o parcial cuando se aceptan normas específicas. En una sociedad en la que la aceptación de las normas es espontánea parece que la coactividad deja de ser una nota esencial del Derecho, aunque esto es muy difícil de conseguir.¹⁰⁴

Otro de los factores más importante es la actitud psicológica del sujeto hacia una norma o sistema jurídico. R. Merton diseñó un cuadro en el que explica las actitudes de los destinatarios de una norma en función de los medios y fines que se propone, distinguiendo cuatro actitudes diferentes. Cuando un sujeto utiliza medios institucionales para lograr fines sociales (los que la sociedad considera buenos) estamos ante una actitud conformista. Si acepta los medios institucionales, pero rechaza los fines sociales estamos ante un ritualista. Cuando acepta los fines, pero no utiliza los medios legales estamos ante una actitud innovadora. Si no acepta ni los fines ni los medios estaríamos ante una actitud retraída y si además trata de sustituirlos por otro estaríamos ante un rebelde. Se trata de una escala, por la que las normas que son vistas con una actitud conformista son las que mayor eficacia tendrán a diferencia de las retraídas o rebeldes. Según Merton, existe una consonancia entre el tipo de sociedad y las actitudes psicológicas. Por ejemplo, en Estados

¹⁰² Sociología del Derecho, cit. pp. 403-404

¹⁰³ Sociología del Derecho, cit. p. 405

¹⁰⁴ Sociología del Derecho, cit. p. 405

Unidos la actitud de la sociedad es más innovadora a diferencia de nuestra sociedad que es más conformista.¹⁰⁵

Por último, tenemos que hacer referencia a la protección represora y promocionadora de las normas. Anteriormente ya habías hablado sobre la sanción, pues bien, ahora veremos cómo esta contribuye a la eficacia de esta. Pero no solo hay sanciones “limitadora” de derechos (sanciones negativas), sino que también encontramos sanciones positivas, que producen un beneficio si se cumple la norma. Las sanciones positivas son generalmente pertenecientes a la actividad promocional del Estado Social. Como estas producen un beneficio en su destinatario queda claro que contribuirán a la eficacia del Derecho. En cuanto a las sanciones negativas, muchos han sido los estudios que han tratado de estudiar la eficacia de las sanciones en su aplicación, como los estudios de Friedman que veía como factores la certeza de su aplicación, la severidad de la sanción, el número de personas que están afectadas por la norma, entre otras. Sin embargo, la conclusión a la que llegó Friedman es que estos resultados son relativos, es decir, no consigue extrapolar sus conclusiones más allá del caso concreto estudiado. Roger Cotterrell consiguió ver como no hay una relación directa entre severidad de una pena con una tasa baja de delitos, sino que es más importante la certeza de que esa sanción se va a aplicar que el miedo a esa sanción ¹⁰⁶(vemos aquí como esto se relaciona con la efectividad del derecho por parte de los operadores jurídicos).

4. LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Históricamente, las diferentes corrientes filosóficas reducían el Derecho a una única dimensión (formal, material o valorativa) lo que producía reduccionismos. A continuación, veremos la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale, que trata de explicar el derecho conjugando las tres dimensiones.

Para un positivista, el Derecho será la ley puesta, la ley positiva, para un iusnaturalista será el conjunto de valores axiológicos eternos externos al sujeto y para un sociólogo serán los hechos. Pues bien, M. Reale define el Derecho como: “*El Derecho es una integración normativa de hechos según valores*”¹⁰⁷. La norma configuraría el camino a seguir (como regular o defender algo), los hechos serían el punto de partida (cuando se

¹⁰⁵ Sociología del Derecho, cit. pp. 407-408

¹⁰⁶ Cotterel, R. “*Introducción a la Sociología del Derecho*”, Ariel, 1991

¹⁰⁷ Reale, M., *Teoría Tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997 p.120

promulga una norma se hace porque la realidad social lo exige, hay un problema), y los valores marcarían el rumbo a seguir (como solucionar esos problemas que se suscitan). Abandona la visión reduccionista del Derecho a través de una metodología dialéctica, es decir, estas dimensiones no se correlacionan (si se pone el foco de atención en una, entonces es porque se está discriminando otra), sino que se complementan y se integran entre ellos.¹⁰⁸ Dependiendo de la dimensión dominante (que haya una posición dominante no significa que nos olvidemos del resto, pues como hemos dicho, los elementos se dialectizan) en el estudio del Derecho podemos encontrar tres órdenes dialécticos distintos (tres posibles caminos a seguir).

Así, quien se decida estudiar la norma tendrá que partir del hecho social y ver como a través de valores ese hecho se configura finalmente en una norma. Los sociólogos del derecho estudiarán el hecho jurídico (no cualquier hecho) y este no puede estudiarse aisladamente sin hacer referencia a la norma que regula el hecho y al valor que se pretende conseguir con esa norma. Los iusnaturalistas, en cambio, partirán de la norma que regula un hecho para poder así ver que valores trata de cumplir la norma con respecto al hecho. Se trata de tres niveles de análisis diferentes, pero no podemos estudiar el derecho solo desde un nivel, sino que hay que realizar los tres para poder así tener una completa concepción del Derecho.¹⁰⁹

Pero M. Reale no sólo se centra en el plano teórico, sino que inserta su discurso dialéctico en su experiencia jurídica, ya que además de pensador era abogado. Utiliza el concepto de *Lebenswelt* (o “mundo de la vida”) de Edmund Husserl. En palabras de Husserl, define el mundo de la vida como: “*el mundo de la experiencia sensible que viene dado siempre de antemano como evidencia incuestionable, y toda la vida mental que se alimenta de ella, tanto la acientífica como, finalmente, también la científica*”¹¹⁰. Esto quiere decir que, el mundo que rodea a las personas no se trata solo de la experiencia sensible (lo puesto), sino que también atañe juicios valorativos sobre lo que les rodea. Por lo tanto, no hay una existencia objetiva de valores, sino que hay unos valores objetivados históricamente. Esto quiere decir que no existen unos valores objetivos “eternos” o “externos” a la realidad social, sino que los valores dependerán del grado de apreciación,

¹⁰⁸ Teoría Tridimensional del Derecho, cit., p. 120

¹⁰⁹ Ramos, NA., *La Filosofía de Miguel Reale*, Universidad FASTA, Mar de Plata, 2011 p. 125

¹¹⁰ Herrera Restrepo, D., “Husserl y el mundo de la vida”, *Franciscanum*, nº 153, 2010, p. 256

por parte del hombre, de un conjunto de bienes y actuaciones que considera imprescindibles para su realización como persona.¹¹¹

Esto implica que el Derecho no se puede concebir como una concepción abstracta, sino que para entenderle correctamente habrá que insertarlo en la realidad social (en ese “mundo de la vida”), con las valoraciones subjetivas sobre de la sociedad. Esta visión dinámica de la Teoría Tridimensional del Derecho explica como hay casos en los que una norma puede sufrir cambios (sin que esta cambie en cuanto a su redacción y contenido) debido a que cambia el “mundo de la vida”.¹¹² Esto ocurre, por ejemplo, cuando una se cambia la interpretación respecto a una ley debido a que cambia el contexto social (cuando cambia el “mundo de la vida”), en base al artículo 3.1 del Código Civil, cuando dice que las normas se interpretarán en relación al contexto social.

En resumen, M. Reale consigue ofrecer una visión del Derecho que conjuga todas las dimensiones a través del procesos dialécticos y traslada este modelo teórico a la realidad concreta a través del término “mundo de la vida”. Podemos resumir la concepción del Derecho en la Teoría Tridimensional del Derecho a través de las siguientes palabras del autor:

“Hecho, valor y norma deben, en suma, estar siempre presentes en cualquier indagación sobre el Derecho, respectivamente como momentos de otros dos factores. De este modo, la Sociología jurídica que cuida de las condiciones empíricas de la eficacia del Derecho, no puede dejar de apreciar una actualización normativa de los valores en el medio social. Se podría decir que el sociólogo del Derecho, recibiendo los valores y las normas como experiencia social concreta, tiene como meta de su indagación en hecho de la efectividad de los valores consagrados en normas positivas, al paso que el jurista, en cuanto tal, considera al valor y el hecho en razón de la normatividad, la cual es su objetivo específico. El filósofo del Derecho, por otro lado, indaga sobre las condiciones trascendentales-axiológicas del proceso empírico de la vigencia y de la eficacia.”¹¹³

¹¹¹ La Filosofía de Miguel Reale, cit., p. 126

¹¹² La Filosofía de Miguel Reale, cit., p. 125

¹¹³ La Filosofía de Miguel Reale, cit., p. 126

V. CONCLUSIONES

La gran conclusión a la que he llegado tras haber estudiado las diferentes corrientes filosóficas es que nunca se va a conseguir dar una definición de Derecho única y exclusivamente tomando una única perspectiva, es decir, no podemos acudir a reduccionismos de las dimensiones del Derecho. Tras la realización del presente trabajo se han llegado a las siguientes conclusiones:

1. El Derecho no es ni (solamente) la ley puesta, ni los valores de justicia ni tampoco los hechos puestos, sino hay que conjugar las tres dimensiones (a través del proceso dialéctico). Aunque en un momento dado queramos estudiar más detenidamente una dimensión, no es posible llevar a cabo un buen estudio sin atender al resto de dimensiones. Los sociólogos a la hora de estudiar los hechos (la dimensión material) no pueden únicamente centrarse en estos, ya que el comportamiento social está muchas veces influenciado por la norma, que obliga a una comunidad, (como hemos visto, que se logra a través de la burocracia) y que, además, esa norma tiene consagrados unos valores que la orientan hacia un fin. Tartar de definir el Derecho únicamente como las actuaciones que efectivamente se realizan entre los sujetos del Derecho es algo que es imposible sin prestar atención a las normas que los regulan o a los valores que sigue esa sociedad.
2. Habiendo superado la concepción reduccionista del Derecho, en mi opinión, es fundamental atender principalmente al elemento material, es decir, que el Derecho sea eficaz, que efectivamente se cumple, porque al final por mucho que una norma este válidamente promulgada y además siga los valores de una sociedad en concreto, de nada servirá si este no se cumple (tendrá una “mera apariencia de Derecho”). Como hemos visto, por mucho que una norma sea válida, la pérdida de su eficacia comporta a su vez la pérdida de su validez (la pérdida de eficacia es una condición suficiente para la pérdida de su validez).
3. La eficacia se constituye, como una especie de medidor de cumplimiento del Derecho, algo que para el legislador resulta clave a la hora de configurar una norma concreta. Utilizando la escala de N. Bobbio, el legislador podrá ver si a la hora de promulgar una norma va a tener que dotarla de más o menos coactividad, ya que si se encuentra el primer escalón no tendrá que hacerla de una manera tan coactiva a como ocurría en el caso de estar en el segundo escalón.

4. Esta escala, además, nos permite comprobar si los valores de la norma se ajustan con los de la sociedad (fundamental en la Teoría Tridimensional del Derecho) y de no ser así cambiar la configuración de ese valor en la norma. Los valores consagrados en la norma a promulgar tienen que estar en concordancia con los valores que tiene una sociedad, con el “mundo de la vida”, porque ¿dónde sino van a estar los valores de una sociedad, que hay que integrar en la norma, sino es en la propia sociedad? Una vez que la norma es válida, ver si es eficaz (como cumplimiento, no como resultado) va a permitir ver si una norma consagra estos valores, porque si no es eficaz será porque la sociedad no comparte los valores de la norma.
5. Parece que, un estudio sociológico preliminar a la promulgación de una norma puede ayudar a la correcta e integrada creación de Derecho. Hay que atender a los factores que contribuyen a la eficacia de las normas, analizando la sociabilidad, la aceptación del Derecho, las actitudes del Derecho (entre otras) para que así se pueda asegurar su cumplimiento (pues el Derecho se promulga para ser cumplido) y asegurar que la norma persigue los valores que la sociedad defiende.
6. Esto se consigue a través del estudio de conceptos como grupo social, rol social, estatus social entre otras. Me parece interesante los conocimientos que puede llegar a aportar, en sede legislativa, la AED, en este sentido.

En resumen, a la hora de promulgar una ley es fundamental abandonar las concepciones reduccionistas del Derecho e integrar las tres dimensiones. Llevar a cabo estudios sociológicos sobre como concibe el Derecho (y la norma concreta) puede ayudar a observar que valores conforman la sociedad para así poder asegurar su cumplimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arjona, A. y Rubio, M., “El Análisis Económico del Derecho”, Research Gate (disponible en: https://www.researchgate.net/publication/267681206_El_analisis_economico_del_derecho; última consulta: 3/04/2020).

Ausatégui, FJ, “El concepto de Poder en Spinoza”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100.

Cala López, O, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 2018.

Campos Zamora, F, “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas de UCR*, n. 122, 2010.

Campos Zamora, FJ, “Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas* nº 122, 2010.

Cotterel, R. “*Introducción a la Sociología del Derecho*”, Ariel, Barcelona, 1991.

Díaz, E, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1988.

Díaz, E. “*Sociología y Filosofía del Derecho*”, Taurus, 2ª edn., Altea, 1988.

Diego Poole Derqui, “La Justicia” p 1 (disponible en: https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf ; última consulta 6/03/2019).

Doménech Pascual, G, “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho”, *Revista de Administraciones Públicas* nº 195, 2014.

González Amuchástegui, J, “El Análisis Económico del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 14-15, 1994.

Hart, H., “El Concepto del Derecho”, Oxford, 1968, pp. 99-113

Herrera Restrepo, D., “Husserl y el mundo de la vida”, *Franciscanum*, nº 153, 2010.

Isler Soto, C, “¿Es el Derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la Teoría Imperativista de Derecho”, nº 1, 2010.

Kelsen, H. “*Teoría Pura del Derecho*”, Coyoacán, 2ª edición, 2011.

Leopoldo, G., “Aproximación al concepto de Derecho de Roscoe Pound”, UNAV, 1997, pp. 50-85

Malnimen, T. “Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos”, *Universidad del Este de Finlandia*, pp. 151-173, 2019

Prieto Sanchís, L, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.

Ramos, NA., *La Filosofía de Miguel Reale*, Universidad FASTA, Mar de Plata, 2011.

Reale, M., *Teoría Tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

Rovetta Klyver, “*Iusnaturalismo teleológico y racionalista*”, 2011 (disponible en: <http://yessica-ygcastillofilosofia.blogspot.com/2011/01/iusnaturalismo-teologico-y-racionalista.html>; última consulta: 24/06/2020).

Soriano, R, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

Tamayo Valenzuela, JA, *La Teoría del Derecho de H. L. A. Hart*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.

Vega Pasquín, R, *Apuntes sobre el pensamiento de Spinoza: las dialécticas políticas y jurídicas*, Universidad Pontificia de Comillas.