

# En torno al problema de la efectividad del derecho\*

Antoine Jeammaud\*\*

Al acercarnos a la realidad latinoamericana encontramos en ésta la presencia masiva de normas e instituciones de naturaleza jurídica, que se revelan muy parecidas a las que existen desde hace mucho tiempo —y siguen desarrollándose sin cesar— en sociedades que se consideran altamente jurídicas y “juridizadas”, como las de Europa occidental particularmente. Al mismo tiempo sin embargo, y según sostienen varios juristas de América Latina, aquella impresionante normatividad carece a menudo de “efectividad”; al menos por lo que toca a las pautas e instituciones que tienden a limitar tanto a poderes públicos como a los “poderes privados” (empresarios, propietarios, etc.), y a proteger y asegurar derechos a los ciudadanos y trabajadores urbanos o campesinos, esto es a la gente del pueblo.

Por supuesto, tal consideración puede ubicarse en el marco de un discurso crítico sobre el derecho y el estado. Debido a que la “autodenominada crítica del derecho” no constituye un conjunto teórico coherente, como lo subraya con fuerza y saludable tozudez Luis Alberto Warat,<sup>1</sup> me parece cierto que el cuestionamiento de la efectividad, del cumplimiento, de las normas jurídicas vigentes, puede analizarse como una forma de actitud elemental pero auténticamente “crítica”. Pues cuestionar de esa manera al derecho estatal, yendo más allá de su estricta descripción, sí es superar el positivismo imperante e iniciar un tratamiento que se pudiera calificar de “sociológico” de aquél, y que por cierto se coloca dentro del marco de una actitud crítica.

Adviértase sin embargo que este problema de la “efectividad” resulta de mayor actualidad entre las preocupaciones de algunas corrientes teóricas que, sin lugar a dudas, no son de tipo crítico. Además, vislumbra escasa-

\* Ponencia presentada en las VII Jornadas de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho, en México, Noviembre 1982.

\*\* Miembro fundador de la Asociación *Critique du Droit*, Universidad de Saint-Etienne, Francia.

<sup>1</sup> En el trabajo *El saber crítico del Derecho y un punto de partida para una epistemología de las significaciones*, inédito.

mente la diferencia entre las nociones de “efectividad” y de “eficacia” del ordenamiento jurídico, cercanas pero distintas en mi opinión. Por eso, primero cabe, a quienes quieren abordar este tema cuestionando al pensamiento jurídico tradicional y todavía dominante, tomar en cuenta el surgimiento del problema de la efectividad del derecho en las obras de algunos teóricos contemporáneos y sus ambigüedades (I). Luego, tendremos que esclarecer las incertidumbres que caracterizan la extensión, y por ende la comprensión, del propio concepto de “efectividad” de una norma o de un conjunto de normas jurídicas (II). Por fin, será necesario aclarar las preguntas que se deben formular a partir de la comprobación de un fenómeno de inefectividad, en el marco de un acercamiento al derecho que se base en un esfuerzo permanente por comprenderlo en sus relaciones con el “todo social” (III).

## I. “Efectividad” y “eficacia” del derecho en el pensamiento jurídico.

*¿Quiénes, entre los teóricos del derecho, son los que llaman la atención sobre el problema? ¿Cuál es su propósito?*

A

Seguramente consciente de los límites de lo que se podría llamar un “normativismo integral”, pero por ser un auténtico positivista, Kelsen fue sin duda uno de los primeros entre los teóricos famosos que aludieran a este problema en cuanto tal, llegando a considerar que la efectividad de una norma jurídica constituye en alguna medida una condición del mantenimiento de su validez. Ya lo había señalado Pashukanis, refiriéndose a los primeros estudios del “Maestro de la Escuela de Viena”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> *La teoría general del derecho y el marxismo*, Ed. Grijalbo, 1976, pp. 72-73.

Por cierto, el fundador de la "Teoría pura" distingue con mucho cuidado estos conceptos de "validez" y de "efectividad". Aun cuando el uno y el otro puedan igualmente caracterizar tanto cada norma aisladamente considerada como cualquier ordenamiento jurídico en cuanto conjunto, rechaza fuertemente (y muy lógicamente desde su punto de partida epistemológico) la clase de "falacia naturalista" que las confundiera. Como es sabido, la "validez" es para Kelsen el valor que se debe reconocer a cada regla creada y promulgada por un acto fijado conforme a las pautas de más alto nivel en la jerarquía normativa (a la que se reduce "puramente" el ordenamiento considerado), siempre que no haya sido abrogada por virtud de otro acto regular. En tanto, al usar los términos de "efectividad" o "eficacia", hace referencia a la cualidad de una norma con la cual las situaciones y conductas concretas que pretende regular tiene una determinada relación.<sup>3</sup> Sin embargo, admite y sostiene Kelsen que existe una cierta correlación entre validez y "eficacia" o "efectividad": "Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad puede constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada "efectividad" es una condición de su validez".<sup>4</sup>

Evidentemente no nos interesa aquí discutir esta tesis kelseniana, admitiendo o negando la idea de que deja de ser válida cualquier norma que carezca de "efectividad" durante largo tiempo. ¡Aunque pudiéramos preguntarnos por qué se la mantiene en el ordenamiento positivo a pesar de la ignorancia o de las violaciones que sigue sufriendo! Esto lo evocaremos más adelante. En cambio, es de notar que Kelsen emplea indistintamente las palabras "efectividad" y "eficacia". De eso puede dar cuenta tanto el texto alemán como el de la mejor traducción al francés<sup>5</sup> o a la traducción al español que hizo Roberto Vernengo.<sup>6</sup>

3 "Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su *eficacia*, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma", *Teoría pura del derecho*, 2a. edición, Trad. R. J. Vernengo, UANM, México, 1979, p. 24.

4 *Ibid.*

5 Debida a Charles EISENMANN (Daloz, París, 1962).

6 La que usamos aquí para nuestras referencias a la *Teoría pura*. Sin embargo, R. VERNENGO prefiere la palabra "eficacia", exclusivamente utilizada por él en el párrafo dedicado a la relación "validez/eficacia". p. 219 y ss.

Volviendo a Latinoamérica, adviértase que Eduardo García Maynez también alude al tema de la "eficacia" en su *Filosofía del Derecho*.<sup>7</sup> Claro que el teórico mexicano no comparte la concepción kelseniana de la validez normativa; sin embargo, recordemos que al considerar el derecho en cuanto "orden concreto", concibe que los fenómenos jurídicos no se agotan en el ordenamiento normativo, esto es, en el conjunto estructurado de pautas, ya que lo que llama la "eficacia" de éstas también forma parte de la estructura "concreta" del derecho. Es decir que entiende por palabra "eficacia" la conformación real de las conductas humanas a las normas, que se consigue ya por lo que nombra su "cumplimiento", ya a través de lo que llama su "aplicación". Entonces, me parece que aquel término no es el más adecuado para el concepto de que se trata y creo que es necesario distinguir cuidadosamente las nociones de efectividad y eficacia.

## B

En verdad, algunos autores ya hicieron resaltar esa distinción.

Así, según escribe con razón el teórico español Juan Ramón Capella, Kelsen sólo habló de la efectividad de las normas, dejando a un lado el aspecto de su eficacia, inclusive cuando empleó esta última palabra.<sup>8</sup> También a mi juicio el concepto de *eficacia*, a diferencia del de *efectividad*, sugiere una referencia necesaria a los fines de la autoridad legisladora. En una primera aproximación, llamaremos "efectividad" de una norma a la relación de conformidad (o al menos de no contrariedad) con ella, de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia. De modo que la efectividad jurídica se concibe como la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan.

Es conveniente reservar el uso de la palabra *eficacia* para apuntar el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron.

Por otro lado, algunos entienden por "eficacia real" (distinguida de la "eficacia formal" que no es sino la efectividad) el resultado "histórico" del cumplimiento e incumplimiento, de la aplicación y de la no aplicación, de las normas vigentes en su conjunto, desde el punto de vista de la finalidad básica del ordenamiento jurídico en una formación social dividida en clases; esto es, la protección, el fortalecimiento y la reproducción de las relaciones sociales.<sup>9</sup> No niego ni un instante el interés de tal

7 Ed. Porrúa, México, 1974.

8 *El derecho como lenguaje*, Ed. Ariel, Barcelona, 1968, p. 105 y ss. Véase también: Jean-Francois PERRIN (y demás autores), *Pour une Théorie de la connaissance juridique*, Ed. Droz, Ginebra/París, 1979, p. 91 y ss.

9 Antonio ARGUELLES PIMENTEL, *La eficacia real y formal de la nueva Ley federal del trabajo*, Tesis profesional, UNAM, 1978, p. 17 y ss.

distinción que devela la historicidad del sistema de derecho y su vinculación con la estructura clasista de la sociedad, pero me parece que el concepto introducido bajo el nombre de "eficacia real" es en verdad el de "funciones" del derecho, cuyo análisis es el proyecto básico del abordaje crítico del mismo.<sup>10</sup>

Volviendo sobre la distinción esbozada más arriba entre las nociones cercanas de efectividad y eficacia, queda claro que los resultados más o menos inmediatamente deseados por el legislador sólo se alcanzan por una efectividad suficiente de la norma, o a veces por la escasez de cumplimiento de las conductas sancionadas en cuanto delitos por las relgas de incriminación. De modo que ya se vislumbra la variedad de modalidades concebibles de la propia efectividad, así como el obvio vínculo entre ella y la eficacia, que sin duda posibilitó la confusión de ambas nociones. Intentemos hacer más clara la distinción retomando el ejemplo usado por J. R. Capella y extraído del derecho romano: al concederse la ciudadanía romana a los médicos y maestros de las artes liberales, el *imperator* César quería favorecer su establecimiento en Roma, y fomentar así el desarrollo de una categoría de intelectuales dentro de la sociedad romana. En este caso, comenta el autor referido, "la efectividad de la norma se distingue claramente de su eficacia; aquella consiste en la real consideración jurídica, por parte de los magistrados, de los médicos y maestros de las artes liberales como ciudadanos romanos, en tanto la eficacia de la medida, en su caso, debe computarse a tenor del asentamiento en Roma de esos intelectuales y la creación de una organización cultural específica".<sup>11</sup>

### C

Con base en esa aclaración ahora podemos apuntar a grandes rasgos el enfoque de las preocupaciones por la efectividad o por el par eficacia/efectividad tales como se dejan descubrir en la producción científica reciente, tanto en el ámbito de la teoría del derecho como en el marco de investigaciones de sociología jurídica. Sin lugar a duda, el problema de la efectividad es asunto mayor de esta última.

<sup>10</sup> Adviértase cuán imprecisa resulta la palabra "función" de la cual usan varios acercamientos más o menos críticos al derecho. Por haberla utilizado yo mismo (especialmente en el libro *Le droit capitaliste du travail*, Col. "Critique du droit", P.U.G., 1980), hoy en día me parece propiciar una clase de posturas "funcionalistas" en torno al papel de un tipo determinado de juridicidad en las relaciones sociales de producción. Lo que me lleva a preguntar si no constituye el "funcionalismo" una alternativa inevitable a las desviaciones "economista" y "voluntarista", que ya se pusieron de relieve desde hace algún tiempo en el marco de la teoría marxista del derecho.

<sup>11</sup> *Op. Cit.*, p. 105, nota 2.

Según opina el más relevante especialista francés de la misma, el Profesor Jean Carbonnier, tal cuestionamiento forma parte de la "función crítica" de esa rama bastante novedosa de la sociología.<sup>12</sup> Sin embargo parece evidente que el tema surge con frecuencia en una perspectiva mucho más utilitarista (¡aunque el discurso crítico, en el sentido que este adjetivo tiene para nosotros, termine siendo útil al mantenimiento del orden social en contra del cual creemos luchar!). Sobre todo cuando la sociología jurídica se vuelve una especie de "ingeniería social" estudiando la efectividad de la normatividad vigente con propósito de descubrir los medios de un incremento de aquella o, aún más, con el proyecto de mejorar el conocimiento de las costumbres y opiniones de los "sujetos de derecho" para esbozar los principios de alguna reforma "científica" de las leyes (esto es, adecuada al estado "objetivo" de la sociedad). Ahora bien, la mayoría de las investigaciones en relación con la efectividad de tal o cual institución que recién se han venido desarrollando en un país como Francia, son muestras de tal tipo de preocupación.<sup>13</sup> De modo que se pone de manifiesto el papel ambiguo de las ciencias sociales en el proceso de las decisiones que caben al aparato estatal. Esta sociología legislativa se puede analizar "como la fase científica de un proceso eminentemente normativo y político" que propicia "una racionalización de las prácticas administrativas centrales que solicitan siempre más un discurso sociologista".<sup>14</sup> Se trataría de reforzar o mantener la legitimidad del sistema jurídico considerado, proporcionándole "la efectividad sociológica (adhesión popular, consenso 'real')" compaginada con "la racionalidad a priori (consenso abstracto)".<sup>15</sup>

<sup>12</sup> *Sociologie juridique*, A. COLIN. Ed. París, 1972, p. 271 y ss.; *flexible droit*, 3a. ed., L.G.D.J., París 1976, p. 99 y ss. Bajo la influencia de tal concepción del tema, éste surgió hace pocos años en el marco de la doctrina laboralista francesa, especialmente en estudios de Jean-Claude JAVILLIER. Véase del mismo: *Derecho del Trabajo*, Trad. de la 2a. ed. francesa, por E. de la Villa y otros, Inst. Estudios Laborales y Seg. Soc., Madrid, 1982, p. 65. Lamentablemente, la reflexión carece a menudo de este punto de partida, a mi parecer imprescindible, que constituye la elaboración previa del propio concepto de efectividad/inefectividad de normas integradas en un conjunto estructurado (lo que intenté aclarar en *Le droit capitaliste du travail*, p. 62 y ss.).

<sup>13</sup> De ahí un otro interrogante: ¿de qué y a quiénes sirve esta sociología? Véase: Jacques COMMAILLE, "Esquisse d'analyse des rapports entre droit et sociologie. Les sociologies juridiques", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques* (Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas), 8/1982, p. 9.

<sup>14</sup> Pierre LASCUMES y Evelyne SERVERIN, "La place du concept d'effectivité dans le champ de la sociologie juridique" (texto de próxima aparición en la *Revue française de Sociologie*, 1983).

<sup>15</sup> Jacques LENOBLE y Francois OST, *Droit, mythe et raison*, Publicaciones de Facultés univ. Saint-Louis, Bruselas, 1980, p. 133.

Con todo es de notar que, en varios países desarrollados, la atención de la sociología jurídica ya se traslada hacia el problema de la eficacia de instituciones y procedimientos judiciales o administrativos, es decir de su capacidad de restablecer *efectivamente* el orden social o de conseguir tal resultado económico, social, cultural deseado (inclusive al dejar inaplicadas —inefectivas— normas vigentes o decisiones jurídicamente regulares). Así crece el alejamiento desde la problemática kelseniana de la validez jurídica: ésta ya no basta para la validez social, esto es, la *legitimidad* del derecho (la validez social se aparta de la validez jurídica, formal); esta validez-legitimidad del derecho “ya no se mide por su estado de coherencia interna”, tampoco por la máxima efectividad de sus normas, sino “en términos de eficacia, de productividad social inmediata”.<sup>16</sup>

Es importante destacar al mismo tiempo el incremento de investigaciones sobre la efectividad y la eficacia del derecho en la sociología jurídica oficial de los países del Este europeo (en la Unión Soviética particularmente),<sup>17</sup> bajo el reinado por completo de un marxismo bastante fosilizado, reducido a una suerte de discurso “ideológico” legitimante. Queremos decir que la referencia ritual al materialismo histórico nos parece de dudoso alcance científico por ser de dudosa motivación.<sup>18</sup> El propósito de esta sociología, así más oficialmente que teóricamente basada en la herencia de Marx, resulta muy claro: se trata de buscar los medios para que siempre se mejore la eficacia del derecho a través del perfeccionamiento de su efectividad conseguida por una educación y un “entrenamiento” en la estricta obediencia de las leyes socialistas. Pues al analizar la comprensión del concepto de “efectividad” del que tratan los autores soviéticos referidos, pronto se aclara que el aparato ideológico que se les impone y que resulta tan milagrosamente unitario (cuando se conocen los debates dentro de la propia corriente marxista en los demás países del mundo), proporciona a las normas vigentes una clase de “univocidad teleológica”. Lo que lleva a estos teóricos a enlazar sin el menor problema la eficacia de las pautas con su efectividad, esto es, a considerar que, siendo efectiva, la aplica-

ción de cada norma *de por sí* garantiza el resultado social buscado por el legislador. Corriendo el riesgo de insistir demasiado en este punto, temo mucho que la referencia al materialismo histórico sirva, no tanto para evitar la pregunta sobre las verdaderas funciones de la regulación jurídica, sino más bien para justificar fácilmente investigaciones que tiendan al fortalecimiento de una eficacia del conjunto normativo abiertamente concebido y manejado como instrumento de “control social” por un aparato estatal al cual pertenecen obviamente los científicos del derecho. Por ello no creo que sus preocupaciones tengan mucho que ver con las nuestras.

Por otra parte, aquí vale la pena destacar que toda una corriente teórica norteamericana desarrolla una concepción del derecho cuyo eje es una “crítica” de los ordenamientos jurídicos actuales de las sociedades capitalistas desarrolladas y subdesarrolladas en nombre de su “ineficacia económica”. Aquí me refiero a la llamada “teoría de la economía del derecho”,<sup>19</sup> que se puede caracterizar como la expresión del más auténtico neoliberalismo en el marco de la filosofía del derecho.<sup>20</sup> Se conoce la vigorosa contestación del derecho contemporáneo dada por Friedrich Hayek, que le dirige el reproche de constituir un intervencionismo económico y social trasnochado.<sup>21</sup> Muy parecidas son las tesis de Richard Posner, teórico del “análisis económico del derecho”,<sup>22</sup> y cuya revista<sup>23</sup> se dedica al estudio del funcionamiento del sistema jurídico y judicial a la luz de un análisis micro-económico. Así como lo expone un canadiense especialista en este acercamiento al derecho, se trata de una visión de lo jurídico que se ubica en la clase de las “teorías funcionales del derecho”, que eligen comprender el conjunto de normas jurídicas a través de la función que se supone desempeñan en la sociedad; y en el caso del “análisis económico del derecho”, éste se percibe como instrumento para llevar a cabo la “eficacia” en el sentido técnico que la ciencia económica atribuye al término.<sup>24</sup> La postura común básica de ambos autores es impugnar el intervencionismo estatal y el incremento

<sup>16</sup> P. LASCOURMES y E. SERVERIN, *Op. Cit.*

<sup>17</sup> Me refiero a artículos de I. SAMOTCHENKO, V. KOU-DRIATSEV y V. KAZIMIRTCHOUK, publicado en *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-soviétique* (París, Oct. 1975), Ed. del C.N.R.S., París, 1977.

<sup>18</sup> En cambio no se debe negar la agudeza de varios análisis entregados por autores de los países del “socialismo real”, cuya referencia explícita al materialismo histórico estimula su reflexión. Por ejemplo, y aunque se puedan cuestionar, las páginas que el teórico húngaro Imre SZABO dedica al tema de la observación del derecho (*Les fondements de la théorie du droit*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973, p. 165 y ss.) han de llamar la atención de los críticos del derecho.

<sup>19</sup> ALAIN BANCAUD e Yves DEZALAY, “L'enjeu de L'economie du droit dans le champ de la théorie du droit”, *Actes du Colloque sur le paradigme économique dans les sciences sociales*, París, Enero de 1981 (de próxima publicación por la editorial Económica, París.).

<sup>20</sup> Claramente emparentada con la escuela económica de los “Chicago Boy's”, tristemente famosa en los países del Cono Sur de América Latina.

<sup>21</sup> *Droit, législation et liberté, Vol. 1 - Règles et ordre*, PUF, París, 1980.

<sup>22</sup> *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, 1977.

<sup>23</sup> *Journal of legal studies*, Chicago (desde 1971).

<sup>24</sup> Ejan MACKAAY, “La théorie économique comme source de modèles du droit”, Montreal, 1981 (texto inédito).

<sup>24</sup> bis *Droit des faillites et restructuration du capital*. P.U. Grenoble, 1982.

de la reglamentación en los marcos económico y social, que según sostienen, han obstaculizado un progreso económico satisfactorio impidiendo el "libre juego del mercado" y turbando la "sana competencia". Al llamado derecho social, demasiado orientado hacia la justicia distributiva y la protección de los débiles y explotados, le hacen el reproche de una falta de eficacia económica... desde el punto de vista del más puro capitalismo liberal. Dicho de otro modo y de manera más general, al derecho hoy vigente en la mayoría de los países capitalistas (y demasiado efectivo, a su gusto) oponen la necesidad de regresar al verdadero "Estado de derecho", tal como lo conciben: *rule of law* en lugar de *welfare state*. Es decir que, a su parecer, el derecho del intervencionismo que sigue desarrollándose en varios estados resulta efectivo pero ineficaz, siendo su ineficacia económica el producto de esa "sensible" efectividad.

No sostengo por ello que se ponga de manifiesto una convergencia objetiva de aquellas dos corrientes —una soviética y otra estadounidense— con todo tan abiertamente opuestas a nivel ideológico. No hay duda que la primera juzga positivamente la proliferación de normas que rijan cada aspecto de las relaciones en una sociedad, cuya naturaleza permanece muy discutida (¿socialismo, "capitalismo de Estado" o "capitalismo de partido"?), a la vez que la segunda denuncia el "reglamentarismo" en las formaciones sociales capitalistas. Sólo me parece oportuno llamar la atención acerca de la diversidad de las preocupaciones de algunos juristas por la eficacia del derecho que, salvo prueba en contrario, implica necesariamente interés por el problema lógicamente previo de su efectividad.

Nótese al mismo tiempo que este tema aparece poco en el marco del acercamiento crítico al derecho que hace referencia básica al materialismo histórico. Sólo se alude al problema de la efectividad de las normas jurídicas en los ensayos sobre derecho laboral. Igualmente, puede notarse que el último libro publicado en la colección francesa *Critique du droit* versa de alguna manera sobre el problema de la eficacia del derecho francés de la quiebra, puesto que hace resaltar el papel que éste desempeña en la concentración capitalista. Ahora bien, la propia problemática de este estudio evidencia los desacuerdos ineluctables que se pueden manifestar en cuanto a los fines y "funciones" de cualquier institución jurídica.

Por lo anterior, es sumamente difícil medir "científicamente" el alcance y más aún la eficacia de cualquier sistema jurídico determinado o de las normas que lo integran. Además, a menudo parece problemático delimitar el fin buscado por un legislador, sobre todo en los regímenes políticos en los cuales los proyectos de leyes se adoptan por un parlamento pluralista. Y por fin, ¿cuál es el criterio de la eficacia de una norma? La respuesta

depende ampliamente de posturas ideológicas y políticas. Por lo tanto, el tema de la *efectividad* coloca aparentemente a los científicos en un campo de mayor objetividad. Sin embargo, un mínimo de reflexión permite darse cuenta de que el concepto de efectividad también carece de claridad y univocidad, aun cuando parezca ubicarse a nivel de lo que se comprueba empíricamente.

## II. Las incertidumbres del concepto de efectividad de una norma jurídica

Theodor Geiger, uno de los fundadores alemanes de la sociología jurídica, había estudiado el problema de la medida de la efectividad del derecho.<sup>25</sup> Pero no parece que haya logrado una solución satisfactoria del mismo. En verdad, es que no se trata sólo de una cuestión metodológica, sino de una dificultad que genera el propio concepto de efectividad/inefectividad, y que se debe tanto a las formas como a la tecnología de los sistemas jurídicos modernos.

No obstante, el acta de ineffectividad de algunas normas a veces parece fácilmente levantada, sin plantear otro problema que el de la interpretación del fenómeno.<sup>26</sup> En verdad, la existencia de fenómenos de ineffectividad de algunas instituciones o pautas aisladamente consideradas puede comprobarse sin gran vacilación. Por ejemplo, en varios países del Tercer Mundo queda establecida la obvia ineffectividad de las normas que rigen el trabajo de los menores, en el sentido de que con frecuencia no se acatan las que fijan una edad mínima para trabajar, las que limitan la duración de la jornada o las que prohíben el empleo de los menores en ciertas actividades.<sup>27</sup> Ante una regla que impone, o al contrario, prohíbe una conducta precisa, cada comportamiento o acto puede ser calificado de conforme o contrario a la misma. También, cuando pese a la presencia en el ordenamiento normativo de un principio de libre constitución de los sindicatos, la organización de un control estatal que se ejerce cuando los sindicatos piden que se les registre vulnera indudablemente aquel principio.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> E. ROHRER, "La sociologie de Th. Geiger", *L'Annee sociologique*, 1968, p. 101.

<sup>26</sup> Roberto VERNENGO, *Sistemas normativos de distinto nivel de prestigio: pautas reguladoras del trabajo en América Latina*, Reporte de investigación, UAM-Azcapotzalco, México, julio de 1980.

<sup>27</sup> Véase por ejemplo: Graciela BENSUSAN AREOUS, "El trabajo de los menores en México", en *El trabajo de los menores*, O.I.T., Ginebra, 1979. También se podría citar aquí la práctica de "formas atípicas" de adquirir la fuerza de trabajo, que realiza casos de ineffectividad de las normas laborales: G. BENSUSAN A., *La adquisición de la fuerza de trabajo y su expresión jurídica*, Ed. UAM, México, 1982, p. 113 y ss.

<sup>28</sup> Ana María CONESA RUIZ, *La inconstitucionalidad del procedimiento de registro de sindicato*, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1976.

Pero no siempre ocurre así. Por el contrario, y en el contexto de un ordenamiento jurídico globalmente efectivo, puede resultar difícil identificar y valorar las manifestaciones de ineffectividad, en relación con algunos tipos de normas. Por lo tanto, quisiera hacer resaltar los límites, a veces desconocidos, de la identificación del fenómeno. Algunas dificultades son *inherentes al concepto de efectividad*, mientras que otras *se deben a la polisemia básica del lenguaje del derecho*.

## A

Bastará aquí con algunas observaciones muy sencillas.

1o.) En el marco de los sistemas jurídicos modernos se encuentran normas que sólo moldean categorías de operaciones o de estatutos jurídicos de los cuales los sujetos pueden usar o no usar. Es el caso característico de las llamadas "normas supletorias" en materia de contratos. Por ello, ¿son ineffectivas aquellas normas que las personas jurídicas no usan, o que modifican, visto que la propia ley permite tal actitud?

2o.) Las cosas no resultan necesariamente mucho más claras en relación a las llamadas "normas imperativas". Tomemos el ejemplo de la institución del matrimonio que constituye sin duda el prototipo de un conjunto normativo imperativo. Ahora bien, ¿es posible pretender que estas normas padecen de un cierto grado de ineffectividad por el hecho de que un cierto número de personas eligen la forma del concubinato en lugar del matrimonio? En verdad la respuesta resulta difícil, porque el matrimonio no constituye el único modo lícito de unión duradera, siempre que no sean jurídicamente reprimidas las relaciones fuera de él. El matrimonio no es sino la forma impuesta por el derecho para una oficialización máxima de la pareja y el enlace más inmediato o estable de los hijos comunes con sus padres.<sup>29</sup> Desde luego que cuando un hombre y una mujer eligen la "unión libre" por desear o necesitar aquella oficialización/operonibilidad máxima, es evidente que se hallan en una situación que no reúne las condiciones de aplicación de las normas del matrimonio. Por ende, no se puede concluir que sean ineffectivas.

3o.) Más aún, la incertidumbre atañe inclusive a las pautas imperativas de conducta, esto es, aquellas cuya estructura es perfectamente deontológica. Pues, si se prohíbe tal comportamiento o se prescribe tal otro, bajo pena de

<sup>29</sup> Aquí me refiero al estado presente del derecho civil francés que se caracteriza por la oferta de una alternativa entre varios modelos familiares. J. CARBONNIER, redactor de la mayor parte de los textos recientes que reformaron el derecho de la familia desde hace veinte años, habla al respecto de "un cálculo de ineffectividad de la ley" de parte del legislador (*Essai sur les lois*, De-frénois ed., París, 1980, pp. 167-178).

una sanción prevista por otra norma, ¿es sostenible que cada infracción realice un caso de ineffectividad de la primera regla, aun cuando se pronuncie la sanción, puesto que se aplica la segunda? A nivel estrictamente lógico, cabe contestar con la afirmativa; en cambio es más dudoso desde el punto de vista de la efectividad "de conjunto" del ordenamiento jurídico considerado. Entonces se podría decir que la efectividad de la norma violada se alcanza bajo la forma de la "aplicación" de la misma, es decir del acto del juez que la hace valer a falta de "cumplimiento" voluntario por el sujeto.<sup>30</sup> Sin embargo, la prescripción que se hace valer así, que "se aplica", es aquella de la norma sancionadora y eso no quita que la primera norma haya sido vulnerada —pues fue ineffectiva— al menos en el caso de aquella infracción.

4o.) Otro problema se plantea respecto a las normas cuyo contenido es el reconocimiento de una prerrogativa, tal como un poder, una libertad o un derecho subjetivo, en la medida en que, por supuesto, sus titulares pueden ejercerla o no. Por ejemplo, los que se benefician de la libertad sindical tienen lógicamente la facultad de no fundar sindicatos y de no adherirse a cualquier organización de este tipo. La consignación del derecho de huelga en la ley o en la constitución no implica que, en los hechos, estallen huelgas, etc. . . Siempre que no sea establecida tal o cual práctica patronal o estatal tendiendo a obstaculizar el goce de tales prerrogativas, resulta difícil identificar un fenómeno de ineffectividad, puesto que la propia actitud de los titulares permanece equívoca: si no estalla la huelga ¿es porque alguien obstaculiza el libre ejercicio del derecho que disfrutan al respecto, o más simplemente porque no les parece necesario iniciar un movimiento de este tipo?

5o.) Finalmente, también surge una dificultad cuando una norma posibilita un recurso jurídico en algunos casos determinados o supedita el goce de una prerrogativa a una decisión puntual de alguna autoridad o a un juicio previo, y cuando las decisiones o los juicios solicitados siempre, o las más de las veces, se demuestran negativos. ¿Hay que hablar de una ineffectividad de aquella norma? En varios países latinoamericanos, la legalidad de la huelga queda supeditada a una decisión administrativa o judicial previa que la reconozca; ahora bien, desde hace siete años, según nos comentan laboristas peruanos, ninguna huelga fue reconocida lícita en el Perú; ¿permanecen por eso ineffectivas las pautas que atribuyen el derecho de huelga y fijan sus requisitos? De manera más general, cuando una norma reenvía a decisiones particulares, cuyo sentido queda libremente, o bastante libremente,

<sup>30</sup> Usamos las palabras "aplicación" y "cumplimiento" en el sentido que les da E. GARCIA-MAYNES.

fijado por la autoridad competente,<sup>31</sup> resulta verdaderamente problemático descubrir y medir su efectividad o ineffectividad a partir de aquellas decisiones.

La frontera entre el ámbito de la efectividad y el de la ineffectividad carece decididamente de claridad. A su vez, eso altera la claridad de la distinción introducida más arriba entre los conceptos de "efectividad" y "eficacia". Se podría mostrarlo a partir de un ejemplo inspirado en el derecho mexicano. En efecto, si consideramos el procedimiento de "amparo" previsto por la Constitución mexicana de 1917 a favor de los agraviados por actos de la autoridad que violen sus garantías individuales,<sup>32</sup> se debería admitir que la posibilidad concreta de acudir a un juez en caso de atentado contra esas garantías *cumple* "efectivamente" aquellas normas que otorgan tal recurso. Sin embargo, si esta efectiva facultad de suscitar una controversia sirve de poco porque los jueces ordenan pocas veces medidas que aseguren la salvaguardia esperada (por supuesto me refiero a una hipótesis teórica), tal conclusión de "efectividad" es obviamente poco satisfactoria para el espíritu. Por cierto, entonces se trata teóricamente de un problema de "eficacia" de las normas más bien que de su efectividad. Pero no hay duda que su vigencia carece de interés si su aplicación no desemboca en la salvaguardia efectiva de los derechos formalmente protegidos. Esto es, la *ineficacia* desde el punto de vista de estas garantías individuales casi alcanza a la ineffectividad de aquellas normas protectoras. Lo que convencería de relativizar la distinción planteada más arriba. . . si no hubiera que recordar lo difícil que es deslindar lo que constituye la eficacia de un ordenamiento jurídico dado, pues cuán relativa puede aparecer la ineffectividad señalada si ella es, en el fondo, componente de una estrategia para el mantenimiento del orden social que el propio ordenamiento jurídico tiene por fin. ¡De modo que la ineffectividad y la casi ineffectividad de algunas normas pudieran contribuir en la eficacia global del sistema jurídico en cuanto aparato ideológico-político de Estado! Volveremos más adelante en este punto. De todas formas, la distinción de que se trata sigue siendo indiscutible en el plano conceptual.

31 Según creo, el crecimiento relativo de esa clase de técnicas de regulación jurídica es uno de los aspectos mayores de las transformaciones formales, esto es, tecnológicas y por ende lógicas contemporáneas de un orden jurídico como el francés, y que se trata de un fenómeno que va a afectar a la previsibilidad real del "derecho burgués", al menos a las representaciones de lo jurídico, es decir a la ideología jurídica. Véase al respecto el texto "Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit", *Procés*, 9/1982, p. 5.

32 Se podría sin duda razonar lo mismo sobre el ejemplo de la institución del "mandato de segurança" que organiza la Constitución brasileña de 1967.

## B

Otras dificultades de identificación de los fenómenos de ineffectividad, las genera la especificidad del lenguaje del derecho.

En efecto, para ser totalmente fiable cada juicio de efectividad o ineffectividad de cualquier norma, supondría que siempre se establezca claramente lo que exige o permite. Ahora bien, hoy se sabe perfectamente lo ilusorio que es la aparente univocidad de las disposiciones formuladas en el lenguaje del derecho. La creencia en un "sentido claro" del texto de la ley no es sino un mito en la mayoría de los casos, a pesar de que de esas ideas se nutre la ideología jurídica dominante.

De ahí que la ineffectividad de una regla pueda suceder en el caso de la solución judicial de una controversia, es decir, a través de la aplicación silogística de esa norma. Pues inclusive en el marco de los sistemas jurídicos en los cuales cada fallo debe fundamentarse en una pauta, es obvio que la interpretación (siempre necesaria lógicamente, aun cuando sea casi inconsciente) de la misma en la premisa mayor del silogismo jurisdiccional y el análisis como la estimación de los hechos o actos que toman lugar en la menor, permiten que una gran cantidad de prejuicios y valores extra-jurídicos se introduzcan en el desenvolvimiento de una operación jurisdiccional de naturaleza ostensiblemente lógica.<sup>33</sup>

## C

Al terminar con estas observaciones demasiado parciales, creo que una nueva distinción brindaría tal vez algo de claridad en este problema del señalamiento y de la valoración de los fenómenos de ineffectividad de las normas jurídicas.

Se trataría de distinguir entre *efectividad jurídica* y *efectividad material*:<sup>34</sup>

- a) Por "efectividad jurídica" se comprende la conformación de una situación jurídica concreta —la condición "en derecho" de un sujeto— al modelo que constituye la norma,<sup>35</sup> es decir, por ejemplo, el

33 En este sentido se manifiestan varios autores, y la puesta a luz de la polisemia del lenguaje del derecho es el aporte común de todos los estudios sobre el tema de la interpretación de las leyes. Pues no cabe destacar aquí alguna publicación entre las numerosas en relación con este tema en la literatura teórica reciente. Bastará con notar la problemática más amplia de Luis WARAT con su concepto central de "sentido común teórico de los juristas" (Mitos e teorías na interpretação da lei, y demás trabajos recientes).

34 Distinción que se origina en la que propuso el soviético LA-SAREV (D. CHABANOV, comentario de su libro sobre "la efectividad de los actos de aplicación del derecho", en *L'Année sociologique* 1977, p. 439).

35 Sobre la "naturaleza lógica" de, *modelo ideal*, es decir de instrumento de medida, de valoración, de la regla jurídica en cuanto

reconocimiento efectivo a tal persona del derecho de que se beneficia según la ley, por cumplirse los requisitos previos en la misma;

- b) La expresión "efectividad material" podría designar la conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica así otorgada o impuesta al sujeto por el "cumplimiento" o la "aplicación" de la norma.

La diferencia entre estas dos clases de efectividad se hace bastante clara en la hipótesis de un fallo judicial: cuando éste reconoce una parte del derecho que le otorga la ley con base en los requisitos que ha cumplido, se puede hablar de efectividad material si se cumple la ejecución del fallo, entregando así a esa persona las ventajas concretas que implica aquel derecho. Sin lugar a duda, la efectividad de mayor alcance, aquella en torno a la cual importa que se pregunte la crítica del derecho, es la segunda —la efectividad material—, aunque no esté desprovisto de interés el tema de la efectividad jurídica, esto es el de las vías y dificultades de la realización metódica del derecho, del paso desde las normas hacia las situaciones jurídicas.

Si se suponen observados con certeza varios fenómenos de ineffectividad que afectan a elementos de alguna importancia en el ordenamiento jurídico, se plantea el problema de su análisis en la perspectiva de un esfuerzo de comprensión crítica de lo jurídico.

### III. Ineffectividad del derecho y comprensión crítica del mismo

En diversas construcciones teóricas se encuentra la idea de que las normas jurídicas, *a priori* positivas y válidas, carentes de cierto grado de efectividad, carecen también de una virtud esencial que, al final de cuentas, condiciona su pertenencia al sistema jurídico: su validez. Así sucede tanto en el sociologismo jurídico, para el cual una efectividad suficiente constituye un requisito de mantenimiento de las reglas en el ordenamiento positivo,<sup>36</sup> como en el kelsenianismo, ya que aludiendo al tema de la validez de la norma, Kelsen hace de su efectividad (o eficacia) una condición de esa validez, aun cuando no debería depender sino de la regularidad del acto de su promulgación.<sup>37</sup> También se toma en cuenta la efectividad de norma, véase: A. JEAMMAUD, "Norme et règle de droit", *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, 1972-II, p. 105 y ss. (teorización profundizada en una tesis de doctorado en 1975, no publicada) "Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit", p. 10 y ss.

<sup>36</sup> Para la crítica de esta concepción, tal como se expresó en Francia en la obra de Henri LEVY-BRUHL, véase: Paul AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., París, 1964, p.150 y ss., y 315 y ss.

<sup>37</sup> Véase el texto más arriba y las referencias a la *Teoría pura*. . . y al libro de J. R. CAPELLA. También: Tércio SAMPAIO FE-

dad de las normas en esta "filosofía" del derecho que se suele llamar "el realismo escandinavo".<sup>38</sup> Cabe señalar todavía que, en su reacción en contra el iusnaturalismo, E. Pashukanis insistió con fuerza en la necesidad de que aún no se denominaba como tal la "efectividad", para que se pueda afirmar la existencia objetiva del derecho.<sup>39</sup> Sin embargo, la "voluntad de comprender" que fundamenta nuestro acercamiento específico al derecho no puede conformarse con tal tratamiento (esencialmente positivista) del tema. En cambio, dos problemas merecen nuestra reflexión: el de las causas de la ineffectividad, luego el del alcance de la misma sobre las "funciones" (pese lo dicho más arriba en cuanto a los riesgos que conlleva esta palabra) de la regulación jurídica de las relaciones sociales.

#### A

En los países de América Latina, parece que la ineffectividad afecta sobre todo a las pautas que, pese a su adecuación básica a la salvaguardia de los intereses generales de las clases dominantes, limitan la explotación de las masas obreras y campesinas, les otorgan derechos, u obstaculizan el arbitrio de los poderes. Creo que, en todos los países, las normas ostensiblemente protectoras de la gente humilde o de los ciudadanos en cuanto tales, carecen más ampliamente de efectividad que las demás, aunque esta ineffectividad se muestre en muy desiguales niveles según el tipo de Estado (incluido el tipo de "estado de derecho"). Tal vez, los sociólogos del derecho podrían comprobar la hipótesis de que exista una clase de "ley tendencial" de mayor ineffectividad de las normas que, no sólo mediatizan, sino que también moderan la dominación. Pese a las dificultades destacadas más arriba, igual podrían dar a luz las diversas causas de ineffectividad de tal o cual elemento del ordenamiento jurídico.

Por lo menos, y puesto que se trata de algo empíricamente comprobable y obvio para quienes se preocupan por observar tanto la historia como la vida social es sabido que las relaciones de fuerzas entre las clases encontradas en la formación social, entre los aparatos estatales, las organizaciones de la burguesía, de la clase obrera o campesina, sí constituyen el mayor factor de efectividad o ineffectividad de las normas que pretenden brindar algo de protección a los dominados. ¡He aquí lo mínimo que a una docencia o a un discurso teórico de orientación autodenominada "crítica" les toca enseñar sin tregua ni descanso frente a la ideología fomentada por el ambiente

RRAZ, en *seqüencia-4*, Univ. Federal de Santa Catarina, 1981, p. 133; J. LENOBLE y F. OST, *Op. Cit.*, p. 507.

<sup>38</sup> S. STRÖMHLÖM y H. H. VOGEL, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, L.G.D.J., París, 1975, p. 65 y ss.

<sup>39</sup> *Op. Cit.*, p. 73.

positivista! Pero adviértase que la fuerza y las estrategias de las clases dominantes no son la única fuente de aquella ineffectividad. También desempeñan algún papel en el cumplimiento del derecho factores que se pueden localizar en las actitudes, actuaciones y representaciones de las capas dominadas. Primero, porque la creencia más o menos profunda de éstas últimas en la *legitimidad* del ordenamiento jurídico —esto es, la propia capacidad legitimante de la ideología jurídica, es decir, de la que a la vez respalda y se desprende de la puesta en escena jurídica de las relaciones sociales como de sus prácticas más o menos marginales y de sus estrategias de lucha en contra del orden establecido, influyen evidentemente en el grado de efectividad del derecho. Segundo, porque las necesidades de la paz cotidiana y del funcionamiento social cotidiano —digamos: las necesidades de la vida y de la producción— llevan aparentemente a los elementos de clases o capas objetivamente opuestas a poner “contractualmente” y explícita o implícitamente en varios lugares de la vida cotidiana (lugares de vivienda o lugares de trabajo) normas infra o extraestatales más o menos abiertamente contrarias a la normatividad estatal, oficial, y que, sin embargo, se deben reconocer de naturaleza jurídica. Se trata de fenómenos de juridicidad no estatal que varios sociólogos (seguidores de G. Gurvith<sup>40</sup>) como algunos teóricos del derecho (en la línea de Santi Romano<sup>41</sup>) ponen de relieve bajo la denominación de *pluralismo jurídico*<sup>42</sup> frente a la visión (ideológicamente funcional) de una forma de normatividad jurídica unívoca (estatal) que suelen difundir los juristas dogmáticos. Aquí me refiero más especialmente a los aportes de investigaciones de “sociología jurídica de la urbanización popular” en países latinoamericanos que develan formas de juridicidad no estatal pero más o menos tomadas en cuenta por el ordenamiento estatal (por el aparato judicial inclusive),<sup>43</sup> que de cualquier manera realizan una clase de ineffectividad del derecho producido por el Estado. Fenómenos semejantes los establecen algunas investigaciones de sociología del trabajo en Francia y en otros países capitalistas desarrollados: las empresas aparecen con frecuencia como ámbitos de vigencia de conjuntos específicos de normas “contratadas” entre el patrón y los sindicatos, o de procedencia puramente

dicas.<sup>44</sup> Sin embargo, el propio contenido del derecho laboral estatal, el francés por ejemplo, acoge en el marco de éste, aquellas normas infraestatales, siempre que resulten más ventajosas para los trabajadores que el resultado de la aplicación de las pautas estatales; de modo que un principio sustancial del derecho oficial impide lógicamente que tales fenómenos se analicen como datos de ineffectividad de éste. Pero sólo quería subrayar aquí la diversidad de las causas de posible ineffectividad que el análisis puede ubicar a nivel del enfrentamiento de las clases sociales.

Dicho esto, me parece también interesante, y sin duda más novedoso, llamar la atención acerca de causas “internas” de la ineffectividad, es decir de las que se originan en el propio arreglo o en la sustancia de las normas. Aquí, otra vez, se pone de manifiesto la necesidad de analizar las “formas” del ordenamiento jurídico, o sea de completar el acercamiento “macro-jurídico” con análisis “micro-jurídicos” para avanzar en el conocimiento científico del derecho superando los límites de las tesis demasiado generales.<sup>45</sup>

En esta línea, creo que una fuente de ineffectividad —“jurídica” o “material”—, la constituyen las oposiciones y los conflictos que resultan entre normas del mismo ordenamiento. Por ejemplo, se puede notar que el llamado “derecho al trabajo para cada uno de los ciudadanos, se consigna en el preámbulo constitucional francés, en tanto las normas que integran el régimen de la contratación de los trabajadores excluyen indudablemente el derecho de exigir a un empleador o al Estado que contrate o mantenga en su empleo a un trabajador. Se podría razonar lo mismo respecto al precepto introducido en 1978 en el famoso artículo 123 de la Constitución mexicana: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. . .” Sucede lo mismo con la reciente ley francesa de julio de 1982 sobre la comunicación audiovisual que, por un lado, reza: “La comunicación audiovisual es libre” y “puesta a disposición del público”, mientras que otros artículos de la misma, sujetan el uso de las frecuencias transmisoras a una autorización previa, precaria y revocable del Estado.

En verdad, se podrían multiplicar ejemplos semejantes. Pero, en el marco de este trabajo, hay sobre todo que hacer resaltar la permanencia, dentro del arreglo de

40 *L'idée du droit social*, Ed. Sirey, París, 1931; *Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Ed. Pédone, París, 1935.

41 *L'Ordinamento giuridico*, 2a. ed., C. Sansoni, Florencia, 1946.

42 J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 145 y ss.

43 Me refiero a las exposiciones presentadas en las VII Jornadas de la ALMED por Joaquim ARRUDA FALCAO, en relación con sus investigaciones en Brasil (véase también su artículo “Justiça social e Justiça legal”, *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Florianópolis, Mayo de 1982) y por Antonio AZUELA de la CUEVA, sobre su investigación en México.

44 Lamentablemente, los sociólogos que perciben la presencia de lo jurídico en las relaciones dentro de la empresa tienden a conformarse con una concepción demasiado sincrética de la juridicidad, y a veces, creen descubrir un fenómeno de juridicidad en cada norma, cada orden, cada acuerdo, de modo que sus propósitos sufren curiosamente los efectos de una clase de “panjuridismo”, es decir de ver derecho en cada instante, en cada acto de la existencia.

45 Véase: “Pour una réflexion sur les mutations des formes du droit”, *cit.*

la propia normatividad vigente, de causas *formales* de ineffectividad de algunas normas, que a menudo se asientan en un conflicto entre las proposiciones (en lenguaje del derecho) que rezan principios o normas de amplio ámbito de aplicación, y la reglamentación de los derechos o facultades otorgados.<sup>46</sup> En el plano de un análisis lógico, normativista, del ordenamiento positivo, se trata de un tipo de relaciones entre elementos del mismo que se deben denominar "oposiciones", pero cuya solución está brindada por algunas "reglas secundarias" contenidas en el propio derecho.<sup>47</sup> A nivel de la comprensión crítica del derecho es otra la pregunta: ¿por qué se necesita plasmar en el ordenamiento jurídico preceptos que consagren "derechos" exaltadores o libertades que otras pautas ("de menor nivel de prestigio") restringen,<sup>48</sup> hasta vaciarlas a veces casi por completo de su alcance práctico? Una respuesta bastante sencilla llega de pronto a la mente: al legislar de esa forma se le posibilita al "discurso del derecho" (el conjunto de las proposiciones normativas), dar crédito o reforzar la representación edificante de las relaciones sociales, cuya difusión es sin la menor duda parte de la "función" ideológica del propio derecho. Quizás resultara demasiado simple tal respuesta. En todo caso, valdría la pena cuestionar más a fondo el *porqué* de una práctica bastante sorprendente. Tanto más cuanto los fenómenos de ineffectividad nos parecen encaminados a alternar las funciones que la teoría crítica asigna al derecho moderno.

## B

Cualesquiera análisis de las funciones del derecho que proponamos —medio de "control social"<sup>49</sup> o dimensión constitutiva de las relaciones de producción y de protección/legitimación de las mismas—<sup>50</sup> presumimos lógicamente que este sistema específico de regulación es ampliamente efectivo. Entonces, ¿cuáles conclusiones hay que sacar de la comprobación de que importantes normas de este ordenamiento permanecen ampliamente inefec-

46 J. C. JAVILLIER, "Droit du travail et sociologie", *L'Année sociologique*, 1976, p. 117 (especial. p. 123).

47 A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Tesis, Doct. de Estado, Univ. Lyon-III, 1975.

48 Aun cuando se hallen a distintos niveles de la jerarquía formal de las normas, su conflicto (su contrariedad inclusive) no significa necesariamente que se deba cancelar o dejar inaplicada la regla (más bien: el acto que la legialó) de nivel inferior, pues el propio derecho público puede reconocer al poder ejecutivo la facultad de organizar hasta restringirlas en alguna medida, las modalidades de un derecho o de una libertad consignado en una norma de valor legislativo. Es lo propio del poder reglamentario.

49 Cesaro MORALES, "Por una metodología compleja del derecho", *Derecho y Crítica*, No. 1, México, 1980, p. 29.

50 Tendencia que domina en las producciones de la corriente "Critique du droit".

tivas? Es decir, de esta contradicción entre la riqueza y la perfección técnica de la normatividad —laboral o agraria, por ejemplo, que garantizan derechos significativos a los trabajadores y campesinos—, y la relativa escasez de su cumplimiento como de su dudosa eficacia respecto del fin que se les asignó histórica o explícitamente. Tal vez hay que admitir que, a pesar de esa densa presencia de derecho en la sociedad considerada, ésta queda parcialmente regulada por la fuerza, la coacción abierta, más bien que por el derecho en cuanto modo de dominación "mediatizada".

No hay dudas, desgraciadamente, de que en varios países de América Latina las clases dominantes han recurrido de vez en cuando, o siguen recurriendo, a la violencia para mantener el orden, reforzar la explotación, vencer la resistencia de su pueblo o llevar a cabo algún cambio económico, vulnerando por eso las normas jurídicas y haciéndolas ineffectivas en amplia medida o para un período determinado. Sin embargo, me parecería un poco apresurado concluir que a un cierto grado de ineffectividad jurídica corresponda necesariamente el recurso a la fuerza en lugar de la dominación a través del derecho. Un menor cumplimiento de éste no significa de por sí la presencia (alternativa) de una forma de violencia que se encargue de ocupar el espacio y el papel así dejados vacantes por la inaplicación del derecho.<sup>51</sup> Quizás la incapacidad del derecho de regular suficientemente una parte de las relaciones sociales y de legitimar el orden social, como consecuencia de su relativa ineffectividad, es sustituida por una combinación de otras clases de modos de dominación, sin duda más puramente ideológico-políticos, pero que al igual que el derecho, deben analizarse como productos de un proceso de *objetivación*.<sup>52</sup>

Confieso que no vislumbro muy claramente la naturaleza ni la índole de aquel modo o complejo de modo de dominación/legitimación, alternativa tanto a la dominación jurídica como a la coacción abierta. Con todo, estoy convencido de que lo *jurídico* no está ausente en eso. Pues, una ineffectividad notable de la normativa jurídica no impide que el ordenamiento del derecho permanezca globalmente efectivo en sus elementos básicos para el tipo de formación social de que se trata: formas de adquirir la fuerza del trabajo, de consumirla, régimen de la propiedad de los medios de producción, o la mayor parte del régimen de los poderes públicos. Por otro lado, yo creo que las relaciones sociales siguen siendo *juridiza-*

51 No se niega que en ciertas etapas históricas se hayan mezclado la dominación "puramente" jurídica y la violencia. Por ejemplo, véase: G. BENSUSAN, *La adquisición de la fuerza de trabajo...*, pp. 145-146.

52 Sobre este concepto de "objetivación", véase: Michel MIALLE, "crise du droit et hégémonie", *Procés* 6/1980, p. 25, publicado en *Crítica Jurídica* No. 0 (y la referencia a P. BOURDIEU).

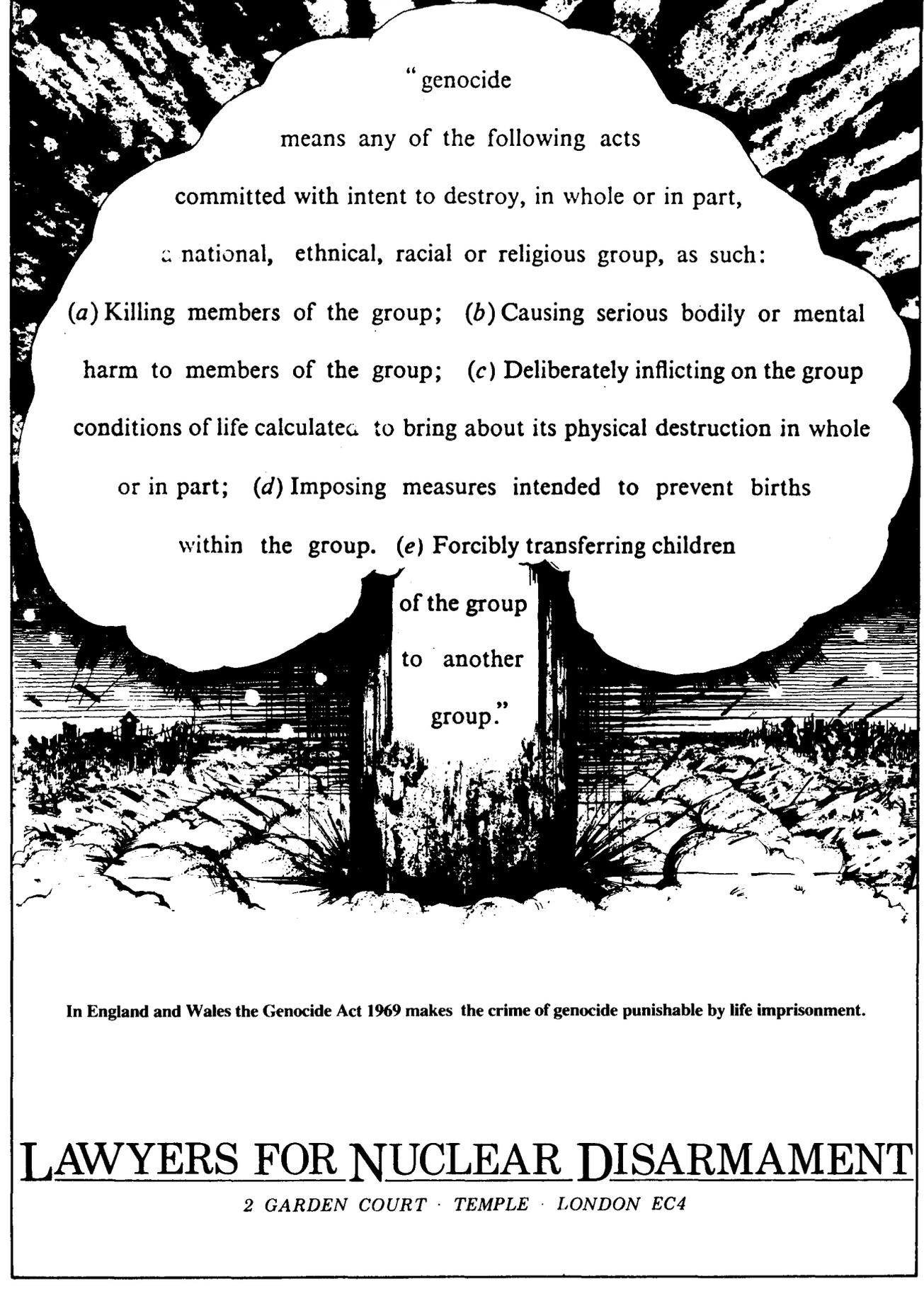
das en la medida en que los individuos concretos y colectividades siguen erigidos en "sujetos de derecho", titulares de prerrogativas y deberes que les otorgan o imponen pautas generales, aun cuando numerosas normas permanezcan inefectivas y que sea difícil para los miembros de las clases dominadas beneficiarse del cumplimiento de aquellas que les protegen, acudiendo a un juez. En resumen, creo que sería conveniente matizar la oposición derecho/violencia en cuanto modos de dominación y que valdría la pena intentar analizar la forma de dominación, más o menos específica, que se combina con la dominación jurídica, cuando se comprueba dentro de una sociedad dada un grado significativo de inefectividad del derecho vigente.

Evidentemente, tanto el problema de la legitimación (reconocimiento de lo que llamé más arriba su "validez social") del derecho como el del papel que cumplen la presencia, el sistema de las fuentes y el funcionamiento de éste en la legitimación del orden social, se plantean en términos distintos en las sociedades del capitalismo avanzado antiguamente juridizadas, en las cuales se observa tradicionalmente una efectividad global del ordenamiento jurídico, y en los países donde la vigencia de un sistema jurídico del mismo tipo (derecho burgués), se origina en un proceso histórico de colonización y descolonización que realizó una especie de "aculturación jurídica". Cabe guardarse de todo "europeo-centrismo" en este tema como en otros; sin embargo, al terminar estas reflexiones, recordaré una tesis que va sosteniéndose en el debate sobre la legitimación y la racionalidad del derecho en nuestras sociedades capitalistas desarrolladas: se advierte

con algo de razón que, en adelante el orden jurídico sólo se puede legitimar, justificar, por su dominio de la realidad social y técnica, por su capacidad de organizarla y brindar resultados concretos, esto es, por su *eficacia*. De alguna manera, la justificación de las normas jurídicas no se realizará más por su confrontación con valores, sino por la comprobación experimental de esa *eficacia*.<sup>53</sup> Si ocurre así, entonces me parece que el mantenimiento del orden económico-social puede soportar la existencia de un cierto nivel de inefectividad del derecho sin que resulte necesario volver a una práctica amplia de la coacción abierta. Pero ¿qué vale tal hipótesis para las sociedades actuales de América Latina?

Con lo anterior no quería sino aclarar algunas nociones en relación con este problema de la efectividad del derecho y plantear algunas ideas, bastante vagas todavía, que se pudieran tomar en cuenta en la formulación de hipótesis más elaboradas. En todo caso, tengo la convicción de que el tema resulta importante para adelantar en la comprensión crítica del derecho, al mismo tiempo de que la búsqueda de los medios para mejorar la efectividad de las normas que brindan alguna protección y algunos derechos a los dominados sigue mereciendo esfuerzos, si pensamos que el derecho constituye un "mal menor" entre los modos de funcionamiento de las sociedades clasistas.

53 P. LASCOURMES y E. SERVERIN, *Op. Cit.* Sobre los términos del debate en torno a la legitimación, véase: André BERTEN, "Légalité et légitimité. A propos de Jürgen Habermas", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 4/1980, p. 1.



“genocide

means any of the following acts

committed with intent to destroy, in whole or in part,

a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group. (e) Forcibly transferring children

of the group  
to another  
group.”

In England and Wales the Genocide Act 1969 makes the crime of genocide punishable by life imprisonment.

**LAWYERS FOR NUCLEAR DISARMAMENT**

2 GARDEN COURT · TEMPLE · LONDON EC4