

EFICACIA NORMATIVA Y EXISTENCIA DEL DERECHO*

Josep Maria Vilajosana

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universitat Pompeu Fabra

Sumario: Introducción. 1. Conceptos de eficacia y modelos de sociedad. 2. La posible relevancia del concepto de autoridad. 3. Las relaciones entre eficacia y validez. 4. Los motivos del cumplimiento de normas. 5. El problema de la medición. 6. La eficacia de las normas que no son mandatos. Nota bibliográfica

INTRODUCCIÓN

No parece haber muchas dudas acerca de que la eficacia general de las normas constituye una condición de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad. En efecto, de una u otra manera, ese rasgo es tenido en cuenta por los principales teóricos del derecho cuando abordan el análisis del derecho como fenómeno social. Repasemos muy brevemente lo dicho al respecto por Austin, Kelsen y Hart.

Para John Austin un sistema jurídico existe si, y sólo si:

1. Su legislador supremo es habitualmente obedecido. Esto es lo mismo que decir que las normas jurídicas del sistema son generalmente eficaces.

2. Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.

3. Su legislador supremo es superior a los destinatarios de cada una de sus normas jurí-

dicas en relación con la sanción de cada disposición.

4. Todas las normas jurídicas del sistema son efectivamente legisladas por una persona o grupo de personas (Cfr. AUSTIN, 1832: especialmente, lección VI).

Como puede apreciarse, la primera condición alude a la eficacia general de las normas del sistema y sirve de eje a su posición, en torno al cual giran sus conceptos centrales de soberano y sociedad política independiente. El soberano de Austin se caracteriza por dos rasgos, uno positivo y otro negativo, relacionados ambos con el hábito de obedecer normas. Positivamente, será soberano aquella persona o grupo de personas que son habitualmente obedecidas por el grueso de la población. La condición negativa: el soberano no tiene el hábito de obedecer a nadie.

Por otro lado, una sociedad será una sociedad política independiente si el grueso de su población tiene el hábito de obedecer a uno y

* La investigación para este trabajo ha sido parcialmente financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, con una ayuda del programa CONSOLIDER INGENIO 2010 (CSD2009-0056).

el mismo soberano (cfr. también BENTHAM, 1776: 54-57).

Hans Kelsen, por su parte, sostiene que un sistema jurídico es el conjunto de todas las normas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas directa o indirectamente por una norma básica. La cadena de validez es empleada por Kelsen para mostrar la necesidad de una norma básica que cumpla la función de unidad y normatividad de un sistema jurídico. Se trata, empero, de una necesidad epistemológica. La norma básica pretende ser, en este sentido, similar a la condición lógico-transcendental kantiana de toda interpretación normativa de ciertos hechos.

Pero, junto a esta formulación epistemológica del concepto de sistema, Kelsen establece una versión ontológica del mismo. Las normas jurídicas “existen”, esto es, son válidas en la medida en que la ciencia del derecho se refiera a ellas mediante sus proposiciones, una vez presupuesta una norma básica. Lo cual es una consecuencia de haber adoptado la versión de Kant acerca del conocimiento. Pero esta existencia, en tanto normativa, es diferente de las conductas de creación y aplicación de normas, con las que, sin embargo, tendrán que estar relacionadas si las mismas van a ser relevantes respecto a estas conductas. La relación entre ambas “existencias” (En puridad, habría que decir “las relaciones”, puesto que ni el concepto de validez ni el de existencia son unívocos. Cfr. BULYGIN, 1987: 508-510), entre la validez y la puramente fáctica de aquellos actos, viene formulada por Kelsen a través de una exigencia impuesta a la ciencia jurídica. Ésta presupone una norma básica en relación con una constitución determinada únicamente en el caso de que tal constitución sea *eficaz*: “Puesto que un mínimo de eficacia es una condición de la validez, la norma básica sólo se refiere a una constitución eficaz. Una constitución es eficaz si las normas creadas de acuerdo con ellas son, por lo general, aplicadas y obedecidas” (KELSEN, 1958: 98).

Por consiguiente, la existencia y la validez de la norma básica son asumidas como hipótesis sólo en el caso de que el orden jurídico con

el que se relaciona sea efectivo, lo cual significa que no puede pensarse una norma básica que no se refiera, en su propio contenido, a alguna constitución determinada (Cfr. CONTE, 1968: 328-329). Entonces, la relación entre la validez de una constitución y su eficacia puede entenderse en el sentido de que ésta última indica una condición necesaria pero no suficiente de validez, establecida a través de la categoría epistemológica en que consiste la norma básica presupuesta. Aunque habrá quien considere que en este autor, al fin y al cabo, la eficacia de las normas es también condición suficiente de la existencia de un sistema jurídico (Véase al respecto GUIBOURG, 1986: 43 y CARACIOLO, 1998: 42-3). Y es que el papel que juega la eficacia en Kelsen es confuso. Precisamente esta circunstancia ha posibilitado a Hughes distinguir en *La Teoría Pura del derecho* un concepto débil y otro fuerte de norma básica (HUGHES, 1971: 699-703).

La validez de un sistema depende, entonces, de su eficacia, porque sólo en el caso de que sea eficaz cabe pensarlo como sistema, es decir, presuponer respecto a él, una norma básica.

Por último, Hart establece dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la existencia de un sistema jurídico:

1. Las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas. Esta es la única condición que necesitan satisfacer los *ciudadanos particulares*. Esta obediencia, en principio, puede producirse por los motivos que sean.

2. Su regla de reconocimiento, que especifica los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus *funcionarios* como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. Esta condición, pues, deben satisfacerla los funcionarios del sistema, los cuales tienen que ver en las reglas pautas comunes de conducta oficial y tienen que apreciar de forma crítica como errores las desviaciones propias y las ajenas. Dicho en pocas palabras, deben adoptar, en el desempeño de sus cargos,

un punto de vista interno respecto a las reglas secundarias.

Según Hart, esta división ciudadano/funcionario reflejaría el carácter complejo (reglas primarias y secundarias) de un sistema jurídico, comparado con una forma más simple de estructura social, compuesta sólo por reglas primarias. En este último caso, al no haber funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como pautas críticas para la conducta del grupo. Si el punto de vista interno no estuviera difundido ampliamente, no podría haber regla alguna. En cambio, cuando se estudia una estructura social compleja, deben separarse la cuestión de la aceptación de las reglas como pautas críticas, de la obediencia de las mismas por simples criterios de conveniencia.

Si esto es así, podría pensarse en un caso extremo en el que el punto de vista interno se limitara al mundo oficial. En tales circunstancias, según Hart, la sociedad resultante se asemejaría a una nación de borregos y, al igual que éstos, los ciudadanos podrían terminar en el matadero, “pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico” (HART, 1961: 146).

Estas breves referencias a tres de los iusfilósofos más relevantes bastará para mostrar el consenso respecto a que la eficacia general de las normas es una condición necesaria de la existencia de los sistemas jurídicos (También puede verse RAZ, 1970: 122-123).

Ahora bien, lo que ya no está tan claro es que los teóricos del derecho coincidan en cuáles son los hechos que hay que tomar en consideración para afirmar que se da tal eficacia general. En lo que sigue examinaré diversas cuestiones relacionadas con la delimitación de estos hechos.

Empezaré, en el primer apartado, con un somero análisis de los sentidos distintos en que cabe hablar de eficacia de las normas de un sistema jurídico, en función de los destinatarios de esas normas y de cuál es la conducta relevante de los mismos. Este análisis muestra-

rá que, en principio, caben cuatro modelos de sociedad a tenor de esas características. En el segundo apartado pondré de relieve, sin embargo, que de esos cuatro modelos posibles uno de ellos debería ser el escogido, si se acepta un concepto fuerte de autoridad cercano al planteado por Raz. En el apartado 3 subrayaré cuáles pueden ser las relaciones entre validez y eficacia de las normas jurídicas. El cuarto apartado irá destinado a indagar acerca de cuáles pueden ser los motivos del cumplimiento de normas y si alguno de ellos goza de cierto privilegio en relación con la existencia del derecho. En el apartado 5 abordaré el problema de la medición de la eficacia, dejando para el último apartado de este trabajo el examen de la plausibilidad de tomar en cuenta la eficacia de las normas jurídicas que no son mandatos.

1. CONCEPTOS DE EFICACIA Y MODELOS DE SOCIEDAD

Cabe reconocer de entrada que los juristas se refieren a la expresión “eficacia de las normas” en diversos contextos y con más de un sentido. En concreto, hay quien la usa de tal forma que difícilmente se puede distinguir del concepto de validez. Eso ocurre cuando se habla de la eficacia normativa como una especie de capacidad de las normas para generar efectos jurídicos. En última instancia, este sentido de eficacia, que Vincenzo Ferrari ha denominado jurídico-normativo (FERRARI, 1989:159), termina diluyéndose en el de validez, por cuanto los efectos jurídicos que produce la norma “eficaz” los produce por el mero hecho del cumplimiento de los requisitos que el propio sistema jurídico contempla para su creación. Este sentido no interesa aquí. Si lo traigo a colación es sólo para poner de manifiesto la ambigüedad que suele acarrear el uso de la palabra “eficacia” y explicitar que el aspecto del que pretende dar cuenta queda perfectamente reflejado con el concepto de validez (bien sea como pertenencia, bien sea como obligatoriedad).

Por otro lado, encontramos el sentido de eficacia que Ferrari llama “sociológico”. Este se refiere no ya a que la norma se haya creado a través de los actos que dispone el sistema jurídico de que se trate, sino a algún tipo de adecuación o correspondencia entre lo que dispone la norma y los actos que realizan sus destinatarios. A continuación me ocuparé exclusivamente del análisis de este sentido de eficacia de las normas jurídicas.

Siguiendo a Liborio Hierro (HIERRO, 2003:75), podemos empezar hablando de un concepto muy general de eficacia en sentido sociológico que se podría llamar de correspondencia (según terminología de NAVARRO, 1990: 16) o de mera conformidad (en la de SUMMER, 1990: 63). Para ver si una norma es eficaz en este sentido habría que comprobar simplemente si la acción que prescribe es realizada por sus destinatarios.

Dentro de esta idea tan general, cabe distinguir dos subclases de eficacia como *correspondencia*. Por un lado, aquella que se daría cuando los destinatarios hacen lo que dispone la norma sin que la hayan tenido en cuenta, o incluso ignorando su existencia. En este caso, los destinatarios realizan lo prescrito por la norma por cualquier motivo menos por el hecho de que la norma exista, por lo que podría decirse que estamos ante una eficacia por *coincidencia*. Por otro lado, cabe que los destinatarios realicen lo que la norma obliga justamente debido a que la norma existe. En estas circunstancias, la existencia de la norma ha constituido un motivo o razón para que se lleve a cabo lo que en ella se dice. Se hablaría, entonces, de eficacia como *cumplimiento*.

La eficacia como correspondencia, pues, es la clase general. Tanto la eficacia como coincidencia, como la eficacia como cumplimiento son tipos de eficacia como correspondencia. La ventaja de usar la eficacia como coincidencia es la aparente facilidad con la que podríamos constatar su presencia. Bastaría con ver que la conducta del sujeto normativo coincide con lo dispuesto por la autoridad para llegar a la conclusión de que la norma o conjunto de normas de que se trate es eficaz. Pero el carác-

ter tan amplio y sencillo de esta forma de ver la eficacia precisamente le resta enteros a la hora de su rendimiento explicativo. Además, como veremos más adelante, no parece muy sensato sostener que lo único relevante a los efectos de tomar en consideración la eficacia de las normas jurídicas como condición de existencia de un sistema jurídico sea la mera coincidencia entre la conducta de los destinatarios y lo dispuesto por las normas. La eficacia que puede resultar de interés en este tema es la que demanda un estado intencional por parte de los individuos que conforman el sujeto normativo, estado mental que consistiría, al menos, en la conciencia de que tales normas existen.

Por lo que acabo de decir, la eficacia de una norma o de un sistema de normas depende de la obediencia que reciba por parte de los destinatarios. Ahora bien, ¿se requiere que *todos* los destinatarios y en *toda* circunstancia cumplan una norma para considerar que ésta es eficaz? Y en el caso de la eficacia de un sistema jurídico, ¿exigiremos que se cumplan *todas* las normas en *todo* momento por parte de *todos* los destinatarios? Esta exigencia parece excesiva, por cuanto llevaría a tener que aceptar que jamás ha habido un sistema jurídico eficaz, lo cual es contrario a nuestras intuiciones más arraigadas. Además, nos pone sobre la pista de que el concepto de eficacia es *gradual*. Una norma puede ser más o menos eficaz, en función del grado de cumplimiento que obtenga, es decir, de la amplitud del conjunto de personas que la obedezcan en relación con el conjunto de los destinatarios y de la cantidad de actos de obediencia que genere. Aunque normalmente la forma de determinar el grado de obediencia es fijar la atención en los actos de desobediencia. A mayor número de actos de desobediencia, en principio, le correspondería un menor grado de eficacia. Así, a partir de ahora por simplicidad me referiré sólo al término “eficacia” donde debería decir “un cierto grado de eficacia” (en el apartado 5 veremos algunos de los problemas que presenta la medición del grado de eficacia).

Queda claro, pues, que la eficacia de las normas requiere una cierta relación entre las

normas y las conductas de sus destinatarios. Ahora bien, se puede estar hablando de eficacia con sentidos muy distintos en función de qué tipo de conducta sea la que se exige de los destinatarios, como hemos visto, y también en función de qué clase de destinatarios se tome como parte de esa relación.

Respecto a la primera cuestión, en una primera aproximación, se puede decir que una norma tiene eficacia cuando los destinatarios cumplen lo que en ella se dispone. Si es una norma que obliga a realizar *p*, será eficaz si los destinatarios realizan *p*. Si es una norma que prohíbe hacer *p*, será eficaz si los destinatarios se abstienen de realizar *p*. Y si es una norma que permite hacer *p*, será eficaz cuando alguien en alguna ocasión hace *p* [Por ahora, me voy a ocupar únicamente de la eficacia de los mandatos (de las prescripciones o normas regulativas, que consisten en una obligación o en una prohibición). En el apartado 6 diré algo respecto a si tiene sentido o no predicar eficacia de las normas permisivas (prescripciones que no son mandatos) y de las constitutivas (que no son prescripciones)].

Pero, dicho esto, surge una duda. Para hablar de eficacia de una norma como condición de existencia de los sistemas jurídicos, ¿se requiere la simple coincidencia del comportamiento respecto a lo dispuesto en ella o se exigirá el cumplimiento? (Cfr. NAVARRO, 1990, donde se habla de eficacia normativa y de eficacia causal, conceptos parecidos, pero no exactamente equivalentes a la coincidencia y al cumplimiento, respectivamente).

En relación con la segunda cuestión, los destinatarios de las normas pueden ser los ciudadanos (o un subconjunto de ellos) o algunos órganos aplicadores (simplificando: los jueces). Hay quien ha construido una teoría general del derecho en la que todas las normas se entienden dirigidas a las autoridades indicándoles las condiciones en las que deben imponer una sanción (KELSEN, 1960). Pero parece poco iluminadora la idea de que las normas que penalizan el asesinato van destinadas a los jueces y no digamos las que autorizan la realización de contratos. Por eso, si segui-

mos manteniendo que las normas se dirigen en primera instancia a los ciudadanos, y en caso de incumplimiento, los jueces deben aplicar la sanción, se presenta el problema de determinar a qué actos de cumplimiento nos estamos refiriendo con el concepto de eficacia, al de los ciudadanos o al de los jueces.

Si nos decantamos por considerar que el ámbito privilegiado debe ser el de los actos de aplicación de los jueces, se puede producir la paradoja de que aquellas normas que más eficacia podrían tener desde la perspectiva de la conducta de los ciudadanos (porque, imaginemos, no se incumplen nunca), no habría ni siquiera la posibilidad de que pudieran ser eficaces desde la perspectiva de los jueces, por cuanto éstos no tendrían posibilidad de aplicar una sola sanción (parecido a la que podría denominarse la paradoja de la vigencia que se encuentra en ROSS, 1958: 35).

Esto parece extraño. Por esa razón, al hablar de eficacia, tal vez resulte más plausible exigir una cierta combinación de la conducta de ambos colectivos, como el propio Kelsen sugiere. Así, podría decirse que una norma *N* es eficaz si y sólo si es cumplida generalmente por los ciudadanos y, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los jueces aplican la sanción correspondiente (KELSEN, 1960: 219-224).

Analizadas muy brevemente estas dos cuestiones (qué relevancia tienen los motivos del cumplimiento para determinar la eficacia y cuál es el conjunto de destinatarios que debemos tener en cuenta), es el momento de plantearse dos preguntas pertinentes. Cuando se dice que una condición de la existencia de un sistema jurídico es que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población, ¿este cumplimiento se refiere a la eficacia como coincidencia o a la eficacia como cumplimiento? Y, cualquiera que sea el tipo de eficacia, ¿ésta se exige respecto de los ciudadanos, de los jueces o de ambos?

En realidad, se puede responder a estos interrogantes de manera distinta según el grado de exigencia que se pretenda tener. Los supuestos

que se podrían dar serían, ordenados de menor a mayor exigencia:

- a) Eficacia como coincidencia respecto de ciudadanos y jueces.
- b) Eficacia como coincidencia en relación con los jueces y eficacia como cumplimiento respecto a los ciudadanos.
- c) Eficacia como coincidencia respecto a los ciudadanos y eficacia como cumplimiento respecto a los jueces.
- d) Eficacia como cumplimiento tanto para los ciudadanos como para los jueces.

En principio, no se puede descartar ninguna de estas posibilidades. Lo único de lo que hay que ser conscientes es que el tipo de sociedad que se obtiene en cada uno de estos supuestos es bien distinto. Pero ello no significa que no se pueda predicar la existencia de un sistema jurídico basándose en cualquiera de ellos. De todos modos, algunos son más plausibles que otros, como veremos en el siguiente apartado.

2. LA POSIBLE RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD

En el supuesto a) se dibuja un cuadro en el que los ciudadanos y los jueces obedecen en general lo dispuesto en las normas del sistema por motivos que no tienen que ver con el hecho de que la autoridad lo haya ordenado.

En el caso de los ciudadanos, esta circunstancia es concebible tal vez en casos de una sociedad muy cohesionada en la que las convenciones o los valores morales que comparten los gobernados coinciden plenamente con lo dispuesto por las normas jurídicas. En estos casos, por hipótesis, la conducta de los gobernados coincide mayoritariamente con lo dispuesto en las normas jurídicas, pero la llevan a cabo por razones convencionales o por razones morales, o por ambas a la vez. El cumplir por razones morales es lo que Hierro denomina eficacia como adhesión a la cual me referiré más adelante. Por otro lado, entenderé que alguien actúa por razones convencionales cuan-

do hace p , porque los demás hacen p (acerca de la ubicación de este último tipo de razones en el entramado motivacional, realizaré en el apartado 4 algunas observaciones).

Esto implica que, aunque no existieran las normas jurídicas en cuestión, los gobernados se seguirían comportando igual.

Pensemos en normas tales como la prohibición del homicidio. Seguramente muchas personas cumplen con esa prohibición por razones morales, ya que en estos supuestos el contenido de ambos tipos de normas (aquello que se prohíbe) coincide. Si este esquema se pudiera generalizar, entonces existiría una base para considerar que es posible una sociedad de este tipo, aunque habría que admitir que las normas jurídicas serían redundantes respecto a las normas morales, y, en algún sentido, superfluas.

¿Qué sucedería en este caso con los jueces? ¿Tiene sentido que la aplicación del derecho la hagan sin estar motivados por lo que ha dispuesto la autoridad normativa? Lo primero que habría que decir es que si se acepta que pueda existir la cohesión de los gobernados de la que acabo de hablar, entonces los casos de incumplimiento serían puramente testimoniales con lo que parecería no tener excesiva relevancia que los jueces actuaran motivados por las normas jurídicas, aunque esta posibilidad no deja de resultar chocante.

Esta extrañeza se pone más claramente de relieve en el supuesto b). Esta combinación, en la que se exige que los gobernados no sólo realicen lo dispuesto en las normas jurídicas sino que actúen motivados por ellas, mientras a los jueces se les exige únicamente la mera coincidencia, sería el prototipo de una sociedad cínica. Pero esta consecuencia, por sí sola, no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que no pueda existir.

Los supuestos c) y d) parecen ser más realistas. Pero que nos parezca que coinciden con lo que de hecho en muchos sistemas jurídicos se da, no es un argumento irrefutable para negar la posibilidad de a) y b).

Ahora bien, después de todo, tal vez sí que pueda desarrollarse un argumento que lleve a pensar que *conceptualmente* no es posible una sociedad con un sistema jurídico cuyas normas no tengan una eficacia como cumplimiento. Podemos denominarlo el argumento de la autoridad y entronca con ideas defendidas por Raz (RAZ, 1986. Podría decirse que seguramente Hart se inclinaría por la alternativa c), puesto que el punto de vista interno lo exige únicamente de las autoridades y no de los ciudadanos particulares. Sobre la concepción de la autoridad de Raz, véase RÓDENAS, 1996: capítulo V).

Se suele entender que sólo es posible hablar de la existencia de un sistema jurídico si existe una autoridad normativa efectiva. La autoridad efectiva puede que no sea legítima en el sentido de no estar moralmente justificada. Sin embargo, mantiene una relación especial con la autoridad justificada: es lo que toda autoridad efectiva pretende ser. Entonces, ¿en qué consiste una autoridad normativa?

Se puede decir que una autoridad normativa es una clase de autoridad práctica, es decir, una autoridad acerca de las acciones que los individuos deben realizar. Para nuestros fines, cuando alguien pretende autoridad es que pretende tener derecho a ser obedecido. La autoridad jurídica se ve a sí misma teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios. Aunque hay mucho que discutir acerca de si existe o no ese deber de obediencia (cfr. VILAJOSANA, 2007: capítulo IV), cuando en este contexto se habla del deber de obedecer las normas que emanan de la autoridad no se trata únicamente de hacer lo que ellas dicen, sino de hacerlo *porque* la autoridad lo ha ordenado. Las razones que nos ofrecen las normas jurídicas deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido.

Si esto es así, entonces parecería que la existencia de un sistema jurídico exige una autoridad efectiva y ésta a su vez exige la obediencia generalizada de sus normas porque las ha emitido la autoridad, que es tanto como decir que

se exige la eficacia como cumplimiento. Si se acepta esta concepción de la autoridad de Raz (la cual no es compartida por todos los filósofos del derecho), entonces habría una fuerte razón (una razón conceptual) para optar por el supuesto d) y rechazar los restantes, ya que la autoridad normativa se supone que lo es tanto para los gobernados como para los jueces, que deben aplicar las normas de su sistema jurídico.

3. LAS RELACIONES ENTRE EFICACIA Y VALIDEZ

Entre iusfilósofos es usual discutir acerca de la relación que guardaría la eficacia de una norma respecto a su validez y qué implicación tendría dicha relación respecto a la existencia de normas. Hay que decir que esta discusión puede resultar muy confusa, en parte debido a que se entrecruzan en ella distintos conceptos de *validez*, de *eficacia* y de *existencia*. Se impone, pues, una clarificación conceptual.

En lo que sigue entenderé que una norma es *válida* en relación con un determinado sistema jurídico si y sólo si cumple con alguno de los criterios que forman la regla de reconocimiento del mismo. En este sentido, utilizo el término validez como sinónimo de pertenencia a un determinado sistema jurídico, sin incluir la llamada fuerza obligatoria.

Por su parte, una norma es *eficaz* si y sólo si es obedecida de manera general por sus destinatarios y, en caso de incumplimiento, se aplica la correspondiente sanción por parte de los jueces. Prescindo en este punto de la distinción entre cumplimiento y coincidencia, tomando simplemente la eficacia como correspondencia entre las acciones y lo dispuesto por las normas. No he de referirme tampoco a la existencia de una determinada norma jurídica, por cuanto este concepto muchas veces se reconduce a cualquiera de los dos anteriores. Por último, entenderé que un sistema jurídico existe si se dan las dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de las que habla

Hart, y a las que ya me referí en la Introducción de este trabajo (eficacia general de las normas identificadas por la regla de reconocimiento y la existencia de ésta última).

Ahora ya podemos preguntarnos qué relación guarda la eficacia de una norma con su validez. ¿Es la eficacia una condición necesaria de la pertenencia de una norma al sistema? Esta pregunta sólo puede contestarse aludiendo a los criterios de pertenencia que incorpore la regla de reconocimiento del sistema jurídico de que se trate. Si uno de los criterios que forman parte de esa concreta regla de reconocimiento es que las normas para ser válidas deban ser eficaces (en rigor, alcanzar algún grado de eficacia), entonces la eficacia sería una condición de pertenencia. Pero entiéndase que ello es puramente contingente. Kelsen ha establecido que la desuetud (la falta de eficacia continuada de una norma) hace que ésta pierda su validez. Esto puede tener algún sentido si se trata la validez como fuerza obligatoria, como hace Kelsen, pero no si se trata como sinónimo de pertenencia. Si es esto último, cuál sea el mecanismo por el que deje de ser válida una norma deberá buscarse de nuevo en la concreta regla de reconocimiento. Por tanto, la eficacia de una determinada norma en relación con un determinado sistema jurídico no es una condición necesaria de su validez, salvo que así se establezca en la regla de reconocimiento.

Pero si esto es así, ¿significa que la eficacia de las normas no juega ningún papel, o en todo caso sólo lo juega contingentemente, en relación con la validez normativa? Por de pronto hay que decir que juega un papel indirecto. Que una norma sea jurídica significa que pertenece a un determinado sistema jurídico. Quien afirma que una norma es válida (en el sentido de validez como pertenencia), usa una determinada regla de reconocimiento que constituye el fundamento último de validez de las normas que pertenecen a ese sistema. Por eso, una de las condiciones necesarias para que exista un sistema jurídico es que su regla de reconocimiento exista como regla social (para un desarrollo más pormenorizado de esta idea véase VILAJOSANA, 2010: capítulo VI).

Pero se usa una regla de reconocimiento habitualmente para establecer la validez de normas que tienen una incidencia en la sociedad en la que se trate (no las que puedan establecer por ejemplo un grupo de estudiantes en un ejercicio práctico en clase). Esta es una buena razón para considerar que la eficacia general de las normas sea una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico y explica que coincidan en ello los teóricos del derecho más relevantes, tal como hemos visto anteriormente.

Por último, otra razón para considerar que la eficacia general de las normas de un sistema es relevante en relación con la validez de sus normas es de carácter epistemológico. La eficacia general de las normas de un sistema sirve para delimitar el objeto de estudio de los juristas en general o de la llamada ciencia jurídica, en particular.

Si un jurista sostiene, por ejemplo, que está prohibido cazar en los bosques y otro lo niega, ¿quién tiene razón? La verdad de afirmaciones de este tipo depende de la pertenencia de una norma a un sistema. Pero si el que sostiene esta afirmación lo hiciera en relación con un sistema normativo determinado, mientras que quien la niega lo hiciera con respecto a otro, no podría darse una discusión genuina entre ellos. De hecho, en estas circunstancias ambas afirmaciones podrían ser verdaderas, ya que no habría contraposición entre ellas. Para que sea posible una genuina discusión en torno a este tipo de proposiciones jurídicas (que aluden a la existencia de normas válidas), ambas deben referirse al *mismo* sistema normativo. La manera más satisfactoria de resolver este problema es asumir que hay un sistema normativo al que, debido a la presencia de ciertas propiedades, se considera privilegiado conceptualmente frente a otros sistemas posibles. Entonces, la eficacia de las normas aparece como un criterio idóneo para seleccionar un sistema jurídico y asegurar de este modo la *objetividad* del conocimiento jurídico y con ella el sentido de este tipo de discusiones.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, la eficacia no sería exactamente una condición

necesaria de la validez de las normas, sino un *presupuesto* que comparten los juristas en su tarea de descripción y sistematización de normas válidas. Podría decirse que el objeto de conocimiento de los juristas, sobre todo de los cultivadores de la ciencia jurídica o dogmática, es un sistema normativo que en general es obedecido y aplicado en una determinada comunidad.

En esta idea se fundamenta, como vimos en la Introducción, la noción de *norma básica o Grundnorm* de Kelsen (KELSEN, 1960: 208-213). La norma básica de un determinado sistema jurídico es la condición de posibilidad del conocimiento jurídico. Con ella se presupone que hay autoridades capaces de ordenar válidamente desde el punto de vista jurídico determinados comportamientos. Y sólo con la asunción de que existen autoridades podemos distinguir el comportamiento propio de un Estado del que tendría una banda de ladrones. Por esa razón, los juristas privilegian el sistema normativo que es en general eficaz. Esto implica, entre otras cosas, que si un determinado sistema *S1* deja de ser eficaz (deja de tener un cierto grado de eficacia) en un momento determinado (o en un lapso de tiempo), por ejemplo tras un proceso revolucionario, y son las normas de *S2* las que son generalmente obedecidas y aplicadas, entonces los juristas cambiarán sus presupuestos, es decir se producirá un cambio de norma básica, con lo que los juristas considerarán que su objeto de estudio también ha variado, centrándose a partir de entonces en el estudio de las normas de *S2*.

4. LOS MOTIVOS DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS

Si dejamos de lado la posibilidad de exigir simplemente la coincidencia entre la conducta de los sujetos normativos y lo prescrito por la autoridad normativa, y asumimos que la eficacia que interesa a efectos de la existencia de un sistema jurídico es el cumplimiento (de los

jueces y/o de los ciudadanos), queda en pie todavía si ese cumplimiento debe hacerse por algún motivo especial o no [voy a tratar indistintamente el cumplimiento (relativo a conductas de los ciudadanos) y la aplicación (relativo a la conducta de los jueces)]. Sobre la eficacia como aplicación, véase HIERRO, 2003: 239 y ss].

Hierro ha sostenido que los posibles motivos de obediencia a las normas jurídicas serían cinco: por temor a la sanción, por utilidad, por respeto al orden jurídico, por respeto a la autoridad y por adhesión (HIERRO, 2003: 74). Comentaré muy brevemente estos distintos motivos. Además, indagaré acerca de la presencia de un motivo adicional, que sería el de obedecer por razones convencionales, que no parece coincidir exactamente con ninguno de los anteriores.

El cumplimiento por temor a la sanción es el que se suele considerar más afín a la tarea motivadora del derecho. Es emblemática, en este sentido, la conocida posición de Hans Kelsen, al elevar a rasgo definitorio del derecho, entendido como técnica social de motivación, la amenaza de sanción (KELSEN, 1945: 22). Como es sabido, que el derecho emplee una técnica de motivación indirecta, a través de la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de sus normas, es lo que caracteriza a los sistemas jurídicos frente a otros sistemas normativos, como la moral crítica, que serían técnicas de motivación directa. Simplificando: uno cumple con la moral crítica simplemente porque es su deber, no por temor a la sanción. La cuestión, entonces, es si este primer tipo de eficacia como cumplimiento es el relevante para lo que aquí interesa.

No faltarían argumentos para defender esta posición. Al fin y al cabo, ¿para qué amenazar con sancionar el incumplimiento si uno no creyera que dicha amenaza motivará la acción? Hierro relaciona esta perspectiva no sólo con Kelsen, sino también con Max Weber y con la teoría de la elección racional, ya que evidentemente el establecimiento de una sanción supone, generalmente, un coste que el sujeto racional no puede obviar. Como muy bien pone de relieve este autor, sin embargo, dicha teoría

dista mucho de ser ideológicamente neutral (cfr. HIERRO, 2003: 100 y ss.).

Ahora bien, del hecho de que sin lugar a dudas *en algunos casos* el temor a la sanción motive el cumplimiento, no se puede inferir que sea el único motivo que lo haga, ni aún (lo que aquí más nos interesa) que sea el único motivo relacionado con la existencia de un sistema jurídico (en el mismo sentido, véase, por ejemplo, VON WRIGHT, 1963: 139).

Y ello, al menos por dos razones. La primera razón, porque hay normas en los ordenamientos jurídicos que podría decirse que, *en algún sentido*, motivan el comportamiento de los destinatarios hacia su cumplimiento, pero no establecen sanciones (este sería el caso de las normas permisivas, acerca de las cuales diré algo más adelante). La segunda razón, porque existen otras formas plausibles en las que la existencia de las normas jurídicas pueden motivar el cumplimiento del derecho, como las que veremos seguidamente.

Una segunda motivación para cumplir lo dispuesto en las normas jurídicas es la de obedecerlas por la utilidad que nos prestan. El cumplimiento de las normas jurídicas, en ocasiones, puede ahorrar los quebraderos de cabeza inherentes a la toma de ciertas decisiones, así como evitar costes de negociación. En estos casos, el cumplimiento puede consistir perfectamente en acciones mecánicas o imitativas, pero no irracionales. Sería, como dice Hierro, una actitud propia de un utilitarista de reglas en segundo grado: asumiríamos, inconscientemente quizás, una regla según la cual en la mayor parte de las situaciones cotidianas es útil seguir una regla vigente (HIERRO, 2003: 109). Geiger, como recuerda Liborio Hierro, ha hablado de la costumbre (racional) de seguir las normas vigentes (cfr. GEIGER, 1982: 143).

Ante la cuestión, sin embargo, de si el cumplimiento por ese motivo es lo que hay que exigir en relación con el tema que estamos tratando, parece que la respuesta no se puede alejar mucho de la dada respecto al motivo anterior. Su ausencia no privaría al sistema de existencia, pero su presencia no impide la coexistencia con los demás motivos.

En este punto podría encajar tal vez el cumplimiento por coordinación, propio de lo que podríamos denominar razones convencionales. En efecto, las convenciones en sentido técnico surgen para resolver problemas de coordinación y en este sentido nos aportan utilidad (Cfr. LEWIS, 1969). Visto desde esta perspectiva, el hecho de que los demás cumplan con lo dispuesto en una norma jurídica es una razón para cumplirla (que, por supuesto, podría decaer en nuestro balance de razones, por ejemplo, por ser contraria a una razón moral), ya que refuerza las recíprocas expectativas del cumplimiento. Su posible alcance lo veremos algo más adelante, cuando lo relacionemos con el argumento de la autoridad.

Un tercer motivo para cumplir con las normas jurídicas es por respeto al sistema jurídico. Éste sería un estímulo que se relaciona con la interiorización que se da en todos los participantes en un proceso de socialización. Por ello se afirma que, en realidad, es la motivación más extendida de cumplimiento, mientras no nos hallemos frente a circunstancias excepcionales. Estas circunstancias serían básicamente dos: que las normas jurídicas en cuestión entraran en conflicto con nuestros intereses o que fueran contrarias a nuestros valores morales. En ambos casos, ese motivo tan extendido de cumplimiento podría ceder y dar lugar al incumplimiento. Ahí entraría en juego de nuevo el motivo de cumplimiento por temor a la sanción y, como dice Hierro, probablemente jugaría un papel distinto en ambos casos de conflicto. Si el conflicto es entre el autointerés y el respeto al ordenamiento jurídico, la sanción jurídica tendría un efecto disuasorio mayor que si el conflicto se produce entre éste último y los propios valores morales (HIERRO, 2003: 120).

A veces se alude a la existencia de la autoridad como otro motivo para cumplir con las normas jurídicas. Al respecto, podría decirse lo siguiente. En el caso de que se considere como autoridad sencillamente a quien ostenta el monopolio de la fuerza física en una determinada sociedad (un concepto de autoridad, en suma, desprovisto de cualquier referencia a aspectos

de legitimación o de legitimidad), entonces este motivo se equipararía al anterior. Si, por el contrario, se piensa en la autoridad legítima, en el sentido de que los ciudadanos creen en general en su legitimidad, entonces podría decirse que, aunque pueda parecer paradójico, la legitimación (la creencia en la legitimidad moral de los gobernantes) no es ni condición necesaria ni suficiente del cumplimiento de las normas de un sistema jurídico (en este punto coinciden, por ejemplo, REDONDO y NAVARRO, 1991: 232 y HIERRO, 2003: 122).

No es condición necesaria, porque se puede dar el cumplimiento por uno o más de los restantes motivos que estamos analizando; no es condición suficiente, puesto que, a pesar de que alguien crea que la autoridad es legítima, puede incumplir una norma concreta, bien porque lesiona sus intereses, bien porque la considera inmoral, bien por ambas razones.

Sin embargo, no hay que confundir lo anterior con otra pregunta, que es la relativa a si la creencia en la legitimidad es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. Ante esta cuestión cabe decir lo mismo que frente a los demás motivos de cumplimiento. No parece que deba darse necesariamente, pero también es plausible considerar que un conjunto más o menos extenso de los destinatarios de las normas las cumplirán por ese motivo.

Llegados a este punto es el momento de indagar si la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos implica necesariamente la presencia de razones convencionales. Si admitimos, como parece razonable, que pueden cumplirse las normas jurídicas por los distintos motivos que estamos examinando, y no sólo por uno de ellos, entonces no parece que la existencia de razones convencionales (concretado en cumplir las normas porque los demás lo hacen) sea una condición necesaria de la eficacia general de las normas. Tal vez pueda ser considerada, en cambio, una condición suficiente. Lo sería si se entiende que bastaría con que los ciudadanos y las autoridades cumplieran las normas por razones puramente convencionales para considerar que se da tal eficacia. No está claro en estas circunstancias

si la vinculación conceptual, acerca de la cual hablé en el apartado 2, podría hacerse a través de este tipo de razones, aunque algunas de ellas son precisamente muy parecidas a las que trata Raz al hablar de su concepto de autoridad.

Hay aquí, pues, teniendo en mente el argumento de la autoridad al que aludí en su momento, dos cuestiones diversas a las que hay que dar contestación.

En primer lugar, es preciso establecer si la eficacia relevante en esta sede es la coincidencia o el cumplimiento. La respuesta a este interrogante es clara: para quien sostenga la vinculación conceptual entre autoridad y obediencia, no puede bastar con la mera coincidencia entre las acciones de los destinatarios de las normas y lo dispuesto en éstas. Recordemos que, según el mencionado argumento, la autoridad es tal no debido a que los destinatarios conociendo las normas hacen lo dispuesto en ellas, sino debido a un motivo especial: lo hacen *porque* provienen de la autoridad. De ahí, que lo que exige el argumento de la autoridad es una eficacia como cumplimiento.

En segundo lugar, una vez centrados en el ámbito de la eficacia como cumplimiento, cabe preguntar si existe un motivo privilegiado de entre los que estamos viendo. En este punto, parece que sostener el argumento de la autoridad implica defender que el motivo de obediencia que no puede dejar de darse (ya que se aceptaría que la vinculación entre autoridad y obediencia es conceptual) es justamente uno que estaría a caballo entre el segundo y el tercero de los motivos que recoge Hierro, mientras que los demás, serían puramente contingentes (está claro que no hay por qué llegar a esta conclusión, si uno pone en duda la razonabilidad del concepto de autoridad que proviene de Raz). En todo caso, no parece que sea necesario que la motivación sea convencional, en el sentido de que los destinatarios cumplan lo dispuesto por las normas porque los demás lo hacen.

El último motivo para obedecer las normas jurídicas sería el de la adhesión a lo dispuesto en ellas. En este caso, se obedecería una norma porque su contenido coincide con nues-

tros valores morales. Esta circunstancia, de generalizarse, podría conducir, como dije anteriormente, a la paradoja de la superfluidad del derecho, pero aquí lo que interesa ahora es preguntarnos acerca de si esa adhesión constituye un requisito necesario para la existencia de un sistema jurídico [Como es sabido, Nino alude a esta paradoja en contextos de justificación (véase NINO, 1994: 131), pero Hierro la extiende también a ámbitos relativos a la motivación de conductas, que es en el que aquí nos estamos moviendo (HIERRO, 2003: 125)].

La respuesta ya clásica a este interrogante es la de Hart, y que ya hemos visto. Este autor distingue entre la condición que se exigiría a los ciudadanos particulares y la que se pediría a los funcionarios. Sobre la aplicación del derecho como práctica social y la existencia de la regla de reconocimiento ya me he extendido sobradamente en capítulos anteriores. Veamos someramente la exigencia de la eficacia de las normas en relación con las conductas de obediencia de los ciudadanos.

Coincido con Hierro en que en esta cuestión Hart es más claro que en la otra. Lo que nos dice Hart es que en una “sociedad saludable” los ciudadanos aceptarán realmente las normas como pautas de conducta reconociendo la obligación de obedecerlas. Esto nos indica, primero, que es *deseable* que sea así, puesto que constituiría un indicio de buena salud. En este punto, a pesar de la mencionada “claridad”, no interpreto lo mismo que Hierro, el cual equipara “sociedad saludable” a “sociedad normal”. Me parece que el adjetivo “saludable” incorpora un juicio de valor del que carece la expresión “normal”, que haría referencia a una cuestión estadística, para cuya determinación se requeriría un estudio empírico. Además, al decir que ese rasgo es propio de sociedades saludables (signifique esto lo que signifique), Hart da a entender, *a sensu contrario*, que existen otras sociedades (las no saludables) que no gozarían de la adhesión generalizada por parte de sus ciudadanos y a pesar de esta circunstancia tendrían un sistema jurídico eficaz. Y, por último, ello es corroborado explícitamente por el autor cuando afirma que cada uno de los

ciudadanos puede obedecer “por su cuenta y por cualquier motivo”. Lo que hay que extraer de todo ello es que la obediencia por adhesión de los ciudadanos particulares no es tampoco condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico.

Como conclusión de lo dicho en este apartado puede afirmarse lo siguiente:

1. En principio, ninguno de los motivos que hemos examinado hay que considerarlo privilegiado a la hora de fundamentar la existencia de un sistema jurídico, aunque uno o más de ellos deben darse en mayor o menor medida, ya que dicha existencia requiere, por las razones que hemos visto, cumplimiento de normas, y no sólo coincidencia. Esta circunstancia se puede expresar de este modo: ninguno de los motivos examinados es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pero sí que lo es la disyunción inclusiva de todos ellos.

2. Si se acepta el argumento de la autoridad, entonces los motivos que estarían entre el segundo y el tercero de los mencionados sí que serían condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pues las normas se cumplirían porque lo ha dispuesto así la autoridad. La presencia de las demás motivaciones sería, así, contingente.

3. Otro motivo que no se corresponde exactamente con los expuestos por Hierro sería el de actuar movido por razones convencionales. Sin embargo, no parece que esta motivación sea necesaria, por los argumentos que acabamos de ver. En cambio, la presencia de razones convencionales es indispensable para predicar la existencia de la regla de reconocimiento, que sería la otra condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico (Cfr., al respecto, VILAJOSANA, 2007: capítulo II).

5. EL PROBLEMA DE LA MEDICIÓN

Una de las dificultades que presenta la eficacia en general y la eficacia como cumpli-

miento, en particular, es la de cómo realizar su medición. Los teóricos del derecho que se han ocupado de la cuestión acaban aludiendo, tal como he hecho aquí también, a que se cumplan las normas de manera general, lo cual obviamente no es muy preciso (aunque con matices distintos, este mismo planteamiento puede hallarse en AUSTIN, 1832: 195 y 202; KELSEN, 1960: 224; HART, 1961: 129 y VON WRIGHT, 1963: 139). A pesar de ello, es seguramente lo único de lo que podemos disponer, como veremos a continuación.

Ha habido intentos de profundizar en la medición, como el de Pablo Navarro (NAVARRO, 1990: 23, 71-72), pero siempre chocan con los mismos obstáculos. Hierro ha utilizado algún ejemplo significativo para poner de relieve la inutilidad de tales esfuerzos. Si la característica de la generalidad se interpreta como la mitad más uno de los sujetos y de las ocasiones de cumplimiento, se pueden llegar a conclusiones contraintuitivas. Y si no es esa la interpretación, habrá que proponer algún otro tipo de mayoría, cuya justificación no será fácil. No es este el único problema que plantea la medición de la eficacia. Si se entiende que no todas las normas valen lo mismo a estos efectos, entonces para saber qué es lo que hay que medir, primero es preciso saber qué conjunto de normas son más relevantes y ello no es tan sencillo (Cfr. INGRAM, 1988). Limitémonos, sin embargo, a recordar el ejemplo del saludo militar que pone Hierro para mostrar que la idea de la mayoría simple no funciona.

Imaginemos un cuartel militar de 100 soldados y 20 oficiales y una norma que impone la obligación a los soldados de saludar de la forma debida cada vez que se encuentran con alguno de sus jefes. Supongamos, además, que tales encuentros entre soldados y jefes se producen 100 veces al día. Se podría decir que si todos los soldados saludan en la forma debida en todas las ocasiones se habrán producido 10.000 saludos en la forma debida. En este caso, la norma sería absolutamente eficaz, porque la conducta requerida se realiza el 100% de las ocasiones en que debe realizarse. Así, el índice de eficacia sería el resultado del

número de conductas conformes, dividido por el número de sujetos y multiplicado por el número de ocasiones. En el ejemplo citado, sería $10.000/100 \times 100 = 1$.

Ahora imaginemos que 80 soldados cumplen con lo dispuesto en la norma en 80 de cada 100 ocasiones y que 20 soldados saludan en la forma debida en 30 de cada 100 ocasiones. El índice de eficacia en este caso sería: $(80 \times 80) + (20 \times 30) / (100 \times 100) = 0,7$.

Como dice Hierro, “el índice no resulta muy bajo, aunque sospecho que cualquier militar profesional afirmararía que la disciplina está muy relajada en ese cuartel” (HIERRO, 2003: 78-79).

Si a este mismo ejemplo, le aplicamos la idea de que basta el 51% de cumplimiento para que la norma sea eficaz, el resultado todavía es más desolador. Supondría que 51 de los 100 soldados cumple con la norma en 51 ocasiones de las 100 posibles. El índice de eficacia que se obtiene en este caso es de sólo el 0,26 $(51 \times 51 / 100 \times 100)$. Como remacha Hierro, “esta vez no sólo los militares profesionales, sino cualquier observador sensato afirmararía que la disciplina es inexistente en el cuartel” (HIERRO, 2003: 136).

La conclusión no puede ser otra que la que extrae este autor: “no hay criterio de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa” (HIERRO, 2003: 137). Y es que, como ya nos recordara Bentham, ningún método de contabilidad tiene mucho sentido (Cfr. BENTHAM, 1776).

A los anteriores problemas podrían añadirse otros no menos corrosivos: ¿Cómo deben contarse los casos de desobediencia? ¿Cómo debe contarse el número de oportunidades de obedecer al derecho? ¿Cuántas oportunidades de no cometer un homicidio tiene una persona durante un año? Y aunque se lograra establecer un método de contabilidad apropiado, que alguien deje de matar quinientas veces, cometa homicidio en una, y deje de pagar en tres ocasiones el impuesto sobre la renta, ¿eleva el por-

centaje de eficacia? Si es así, ¿en cuánto? (Cfr. RAZ, 1970: 243).

En definitiva, sólo quedará espacio para formulaciones más o menos vagas, aunque pueden resultar suficientes en relación con determinadas cuestiones como la que aquí nos ocupa.

Otra cuestión relacionada de algún modo con la medición es la de si no habrá que dotar de distinto peso a la desobediencia de unas normas en relación con otras. Parece que no todas las violaciones de normas jurídicas deben ser igualmente relevantes en relación con la existencia de un sistema jurídico. Por ejemplo, no es lo mismo el homicidio del Jefe del Estado que el homicidio de un particular. En esta misma línea, parecería razonable, en general, atribuir mayor importancia a las normas constitucionales en sentido material que a otras normas. La existencia de un sistema jurídico puede admitir un grado de desobediencia mayor de estas últimas, que de las primeras primeras. En consonancia con ello, en otro lugar he desarrollado la propuesta de pensar que la identidad de los órdenes jurídicos está en función de un criterio material, que tendría que ver en última instancia con la eficacia de normas, principios y estructuras de autoridad de carácter *político* (VILAJOSANA, 1997: Segunda Parte). Hay quien va más lejos y defiende que la determinación del grado de eficacia del derecho de una sociedad requiere un criterio de relevancia que vaya más allá de los aspectos formales y que integre consideraciones sociales y políticas, pero manteniendo que no puede establecerse un criterio general: cada sociedad tendría, así, su propio criterio (INGRAM, 1983: 501-502).

6. LA EFICACIA DE LAS NORMAS QUE NO SON MANDATOS

Hay autores que insisten en la importancia que para la existencia de un sistema jurídico tendría la eficacia de normas que no son man-

datos. Así, se preguntan: ¿qué ocurre con las normas que confieren facultades?, ¿no hay que tomarlas en cuenta en relación a la existencia de un orden jurídico? Piénsese en los países en los que votar es un derecho (no una obligación jurídica). Una abstención masiva en las elecciones parlamentarias de estos países ¿hay que considerarla menos relevante que un mitin público ilegal? (HART, 1961:140-146. En el mismo sentido RAZ, 1970: 245).

Y es que, en efecto, lo dicho hasta ahora sería aplicable a las normas prescriptivas o regulativas, y dentro de ellas tan sólo a las normas de obligación y de prohibición (que suelen denominarse mandatos). Quedaría por dilucidar si se puede hablar de eficacia, y en caso afirmativo en qué sentido, en relación con las normas permisivas (que suelen entenderse que junto a los mandatos completan la clase de las prescripciones) y de las normas constitutivas.

Hay que recordar que las *reglas regulativas o prescripciones* correlacionan un supuesto de hecho con una calificación normativa (con una acción humana considerada obligatoria, prohibida o permitida). En cambio, las *reglas constitutivas* atribuyen a determinado supuesto de hecho una determinada propiedad institucional. Si denominamos “casos genéricos” a la descripción de personas, objetos, acciones humanas o estados de cosas, presente en una norma (ya sea en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica) y “soluciones normativas” a las calificaciones normativas de una determinada acción humana, entonces cabe sostener que mientras las *reglas regulativas* correlacionan un caso genérico con una solución normativa, las *reglas constitutivas* correlacionan un caso genérico con otro caso genérico (Cfr. MORESO y VILAJOSANA, 2004, capítulo III).

Por lo que hace a estas últimas, no parece que tenga mucho sentido predicar su eficacia, al menos si se habla de eficacia como cumplimiento. Ahora bien, hay quien considera que no es tan descabellado predicar eficacia de estas normas, por lo que tal vez sea oportuno añadir algo más.

En un interesante trabajo, a caballo entre la teoría del derecho y la dogmática civilista, Delgado Echevarría ha afrontado el problema de la eficacia de las normas que no son mandatos. De una manera general, este autor sostiene que “una norma de permiso, una norma de competencia o una norma constitutiva es ineficaz si los demás sujetos impiden la acción permitida o las consecuencias de la situación adquirida y los tribunales no sancionan esta conducta” (DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 199). Como el propio autor indica, esta definición tiene sentido si la permisión (o la norma constitutiva) va acompañada del deber de otros sujetos de no impedir lo que se permite (o el estado de cosas que se desea alcanzar).

Pero, si esto es así, parece claro que de lo que se habla es de la eficacia (como cumplimiento) de los mandatos que acompañan a las normas que no lo son, pero no de la eficacia (como cumplimiento) de éstas. El mismo ejemplo que ofrece Delgado Echevarría llevaría a esta conclusión. La norma constitutiva que atribuye la mayoría de edad a quien cumple 18 años —nos dice— en términos de eficacia se podría analizar así: “es eficaz si en la mayor parte de los casos los mayores de dieciocho años son tratados como mayores de edad” (DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 199). Pero este ejemplo lo que muestra precisamente es que la eficacia que está en juego aquí es la de las normas de deber que acompañan a la norma constitutiva. Lo cierto es que, aunque se acepte la eficacia de aquéllas, este hecho no transforma en eficaz a ésta última.

Cosa muy distinta sería si habláramos en estos casos de la eficacia *como éxito*, por utilizar la terminología de Hierro, es decir, un concepto de eficacia relativo a si las normas sirven instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que la autoridad normativa propone (HIERRO, 2003: 160 y ss.). En este caso, podrían entenderse afirmaciones como las anteriores. O, incluso, alguna que realiza el propio Hierro en el sentido de sostener, por ejemplo, que una determinada regulación del matrimonio tendría poca eficacia, si nadie hiciera uso de las normas constitutivas que regulan

esa institución. Ahora bien, si efectivamente nos parece que esto es así, no es porque no se dé una eficacia como cumplimiento (según la propia definición del autor), sino porque la regulación de la institución matrimonial no se muestra exitosa, ya que presumimos que la autoridad normativa deseaba promover una determinada forma de convivencia en pareja, a la que tilda de matrimonio. Como él mismo nos recuerda, en esa hipotética sociedad quien no se ajustara a las reglas constitutivas del matrimonio no contraería matrimonio; en cambio, quien sí lo hiciera, contraería matrimonio. No hay una tercera opción, con lo que por definición, la eficacia (al menos como correspondencia) sería siempre igual a 1: nunca se puede dar un incumplimiento (HIERRO, 2003: 82).

Parece, pues, que cuando se defiende la posibilidad e incluso la oportunidad de hablar de la eficacia de las normas constitutivas se incurre en alguno de estos dos errores: o bien se está hablando de la eficacia como cumplimiento de *mandatos* que están relacionados con el estado de cosas que se puede conseguir a través de aquellas normas, o bien se hace referencia a la eficacia de las normas constitutivas, pero en este caso se trata de la eficacia *como éxito*.

¿Sucede lo mismo con las normas permisivas? En principio, diría que no hay diferencias significativas con respecto al análisis anterior. Cuando se habla de eficacia como cumplimiento, las normas permisivas parecen tener la eficacia garantizada. Si entendemos una norma permisiva como sinónimo de norma facultativa, entonces nos hallamos en realidad frente a dos permisiones, ya que “Facultativo *p*” es por definición equivalente a la conjunción entre “Permitido *p*” y “Permitido *no p*”. Como ha puesto de relieve Navarro (NAVARRO, 1990: 56), no tiene sentido predicar eficacia de las permisiones así entendidas, puesto que haga lo que haga el sujeto normativo (y, por razones lógicas, sólo puede hacer o bien *p* o bien *no p*) cumplirá con lo dispuesto en la norma facultativa (de nuevo, la eficacia sería siempre igual a 1). No obstante, al igual que sucede con las normas constitutivas, nos quedará el

recurso de hablar de la eficacia de las normas permisivas *como éxito*, pero este sentido de eficacia, con ser muy relevante para otras cuestiones, no lo es como condición de existencia de los sistemas jurídicos (por ejemplo, parece

prometedora la distinción entre permiso como tolerancia, permiso incentivado y simple permiso que puede encontrarse en DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 204-205).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined* (W. E. Rumble, ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Traducción castellana de PARAMO, J.R.: *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BENTHAM, J., 1776: *A Fragment on Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. Traducción castellana de J LARIOS, por donde se cita: *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Sarpe, 1985. *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Aguilar, 1973.
- BULYGIN, E., 1987: "Validez y positivismo", incluido en ALCHOURRÓN y BULYGIN: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILO, R., 1998: *Sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid: C.E.C.
- CONTE, A., 1968: voz "Norma fundamental", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino: UTET.
- DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *DOXA*, 29: 195-218.
- FERRARI, V., 1989: *Funciones del derecho*. Madrid: Debate.
- GUIBOURG, R., 1986: *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea.
- HACKER, P.M.S., 1977: "Hart's Philosophy of Law", en HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (comps.): *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- HARRIS, J.W., 1971: "When and why does the Grundnorm change?", *Cambridge Law Journal*, 29 (1), 103-133.
- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de CARRIO, G.R.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.
- HUGHES, G., 1971: "Validity and the Basic Norm", *California Law Review*, 59, 695-714.
- INGRAM, P., 1988: "Effectiveness", *ARSP*, vol. LXIX: 484-503.
- KELSEN, H., 1945: *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Traducción castellana de E. GARCÍA MÁYNEZ: *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1949.
- 1958: "Der Begriff der Rechtsordnung", *Logique et Analyse*, vol. 3/4, 1958; traducción castellana: "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991
- 1960: *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke. Traducción castellana de VERNENGO, R.J.: *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.
- LEWIS, D., 1969: *Convention. A philosophical Study*. Oxford: Basil Blackwell.
- MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M., 2004: *Introducción a la Teoría del derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- NAVARRO, P., 1990: *La eficacia del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NINO, C.S., 1994: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press. Segunda edición de 1980, por donde se cita.
- 1986: *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- REDONDO, C. y NAVARRO, P., 1991: "Aceptación y funcionamiento del derecho", *DOXA*, nº 9: 225-233.
- RÓDENAS, A., 1996: *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, C.E.C.
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons. Traducción castellana de CARRIÓ, G.R. por donde se cita: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- SUMNER, L.W., 1990: *The Moral Foundations of Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- VILAJOSANA, J.M., 1997: *El significado político del derecho*. México: Fontamara.
- 2007: *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge and Kegan Paul. Traducción castellana de GARCIA, P.: *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1971.