



## Eficacia

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

[agreppi@der-pu.uc3m.es](mailto:agreppi@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

La noción de 'eficacia del Derecho' alude a un conjunto de fenómenos centrales en comunidad política donde la ley es el eje sobre el que se articulan los procesos de integración social. No se trata, sin embargo, de una noción unívoca. A pesar del nexo intuitivo, 'eficacia' no equivale a 'cumplimiento'. Por el contrario, la relación estas dos dimensiones del sistema jurídico depende de una serie de opciones metodológicas previas, que conviene precisar. La cuestión resulta especialmente interesante en una fase histórica como aquella en la que nos encontramos, en la que asistimos a una intensa y acelerada mutación en la estructura de las formas legales.

### Palabras clave

Eficacia del derecho, cultura de la legalidad, eficiencia, interpretación jurídica, legalización/juridificación.

## Effectiveness

### Abstract

The notion of 'effectiveness' of the law refers to a set of core phenomena that characterize a polity in which *legality* is the main focus of social integration. However, it is not a simple notion. In spite of their intuitive relationship, 'effectiveness' cannot be reduced to "compliance". The relationship between these two dimensions of the legal system depends on a number of previous methodological options, which are to be specified. Furthermore, it worth be noticed that this issue becomes crucial in our times, because of the radical and accelerated mutation in the structure of legal forms.

### Keywords

Effectiveness of the law, culture of legality, efficiency, legal interpretation, legalization/juridification.

## 1. Eficacia y cultura de la legalidad

En su acepción más genérica, la noción de 'eficacia' del Derecho se refiere al problema "de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto" (Bobbio, 1991:22). No hace falta profundizar en esta aproximación inicial para entender que dicha noción alude a un conjunto de fenómenos centrales que caracterizan a una sociedad en que impera la *cultura de la legalidad*. Si el Derecho no se 'cumple', es obvio que la percepción social y el papel mismo de la legalidad se resiente; viceversa, la presencia del conjunto de valores y actitudes que caracterizan a la 'cultura de la legalidad' es una de las condiciones que hacen posible la eficacia del Derecho.

Las múltiples relaciones de la eficacia con la validez y la justicia del Derecho han sido estudiadas detenidamente a lo largo del siglo XX, tanto desde el punto de vista de la teoría jurídica como desde la sociología del Derecho (Weber, Kelsen, Bobbio). Esta larga trayectoria, que coincide en gran medida con la historia de la teoría jurídica contemporánea, no ha bastado para despejar algunos puntos oscuros. Es particularmente interesante observar cómo estas cuestiones han ido cobrando relevancia en el contexto contemporáneo. Considérense algunos ejemplos. En tiempos de desbordante proliferación normativa y de extraordinaria confusión en el sistema de fuentes, cabe preguntarse hasta qué punto tiene sentido hablar de 'eficacia' respecto de normas que escapan absolutamente a la posibilidad de conocimiento por parte de los destinatarios, hasta el punto de que no es exagerado afirmar que, al menos en determinados casos, la venerable presunción por la cual se considera que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento ha de quedar sometida a una cuidadosa evaluación crítica. En segundo lugar, y respecto del nexo entre eficacia de la norma y eficacia de las sanciones previstas para los casos de incumplimiento, cabe preguntarse si *realmente* pueden decirse 'eficaces' las normas que sólo se cumplen por temor de la sanción; o, viceversa, si son 'eficaces' —y en qué sentido lo son— las sanciones que acarrearán perjuicios objetivamente inferiores a los beneficios obtenidos con la infracción. O también, en tercer lugar, y ahora en relación con la función de integración que cabe atribuir a un Derecho 'eficaz', es necesario preguntarse por los efectos que tendrá la ingente acumulación de normas dictadas a sabiendas que no llegarán a ser aplicadas nunca, por ejemplo, cuando son puramente programáticas o cuando el legislador sabe que no existen mecanismos de ninguna clase para exigir su cumplimiento. ¿Cómo enjuiciar la eficacia de un Derecho en el que se potencia, hasta el extremo, la dimensión simbólica? Pero, a la inversa, ¿puede un Derecho sistemáticamente incumplido tener a pesar de todo cierta utilidad? ¿Qué funciones latentes puede desempeñar un Derecho que es estructuralmente ineficaz? (Ferrari, 2000: 281-290).

Como se irá viendo en adelante, estas cuestiones están lejos de tener respuestas unívocas. Intentaremos desmontar los distintos elementos contenidos en la noción de 'eficacia', para mostrar que no es posible equiparar, sin ulteriores especificaciones, la 'eficacia' del Derecho con su 'cumplimiento'. Por el contrario, es necesario abrir el abanico de sus diferentes planos. De entrada, y en una primera vertiente, la 'eficacia' puede referirse tanto al cumplimiento de normas primarias —en sentido hartiano: las que prescriben conductas— como de normas secundarias, en particular de aquellas en las que se establecen sanciones. Nos ocuparemos de esto en el próximo apartado. En el siguiente, en cambio, trataremos una segunda vertiente de la 'eficacia', aquella que se refiere a la capacidad de una norma o



conjunto de normas para producir determinados efectos, que pueden coincidir o no con los fines previstos por el legislador. Lo que importa retener, de momento, es que en esta materia las nociones intuitivas y las distinciones preliminares pueden ser ulteriormente matizadas.

## 2. Eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento

La eficacia puede predicarse de cada una de las normas de un Derecho cualquiera, aisladamente consideradas, como de conjuntos de normas, más o menos extensos. En los casos extremos, las dos dimensiones de la eficacia son coincidentes. Cuando todas y cada una de las normas se cumplen plenamente, la eficacia del ordenamiento es máxima. Al revés, cuando la eficacia del conjunto de un ordenamiento se aproxima a cero, no tiene sentido indagar el grado de cumplimiento de sus normas particulares. Más complicado es evaluar el abanico de situaciones intermedias en las que tanto las normas individualmente consideradas como conjuntos de normas son *parcialmente* eficaces. Es razonable pensar además que esto es lo que sucede en la práctica totalidad de los Derechos realmente existentes. En el terreno intermedio, como en los extremos, las dos dimensiones de la eficacia están conectadas, aunque el nexo entre eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento no siempre sea directa ni resulte evidente. El punto de conexión está en lo siguiente: para llegar a predicar la eficacia de una norma jurídica es necesario haber constatado previamente la eficacia del ordenamiento en su conjunto o, al menos, de algunas de sus normas, de las que depende la identificación de las normas en cuestión. Sin esa referencia normativa, conforme a una tesis generalmente aceptada en la Teoría del Derecho, no habría manera de distinguir entre normas *jurídicas* y normas *que no lo son*. Aunque pueda parecer tautológico, la noción de eficacia *del Derecho* tiene que referirse necesariamente a normas *jurídicas*, esto es, a normas previamente identificadas mediante una práctica (efectiva) de identificación de normas (jurídicas).

En relación con la vertiente de las normas, la 'eficacia' se refiere al *hecho* de que la conducta prevista sea realmente cumplida, esto es, 'obedecida' por los destinatarios o 'aplicada' por las autoridades jurídicas (Alchourrón y Bulygin, 1996: 137). Otro tanto puede decirse en relación con la vertiente del ordenamiento, que también se refiere a la ocurrencia de determinados *hechos* (sociales), aunque parcialmente distintos que los anteriores. En el léxico más clásico, esta última dimensión de eficacia coincide en buena medida con el conjunto de fenómenos a los que alude el 'principio de efectividad', que constituye la premisa fáctica de la soberanía. La teoría contemporánea ha ido diseccionando estos fenómenos, tanto por lo que respecta a los distintos planos de la relación entre Derecho y fuerza (Bobbio, 1980), como por lo que respecta a las distintas actitudes que sostienen el hábito de obediencia (Hart, 1977). Es importante observar que el conjunto de actitudes que subyacen al 'cumplimiento' no pueden explicarse satisfactoriamente como mera respuesta de los ciudadanos al empleo continuado de la violencia por parte de quien detiene su monopolio. Al menos en el largo plazo, y al margen de cualquier posible consideración relativa a la legitimidad del sistema, la obediencia a un conjunto de autoridades jurídicas genera mediaciones complejas entre legalidad y legitimidad.

Por otra parte, el vínculo entre las dos vertientes de la eficacia, en la norma y en el ordenamiento, resulta patente al considerar la perspectiva de la in/eficacia de las *garantías* que el ordenamiento establece para la realización de las expectativas que el sistema jurídico produce. Como se indicaba al comienzo, no es lo mismo que el Derecho sea 'eficaz' porque las normas que prescriben conductas son cumplidas

espontáneamente por parte de los ciudadanos o porque las autoridades encargadas de aplicarlas toman las medidas necesarias en los casos de incumplimiento. Insistiendo en esta diferencia cabe la posibilidad de distinguir e investigar la eficacia/ineficacia de las *garantías primarias* —las normas que protegen expectativas legítimas: así, por ejemplo, las que instituyen derechos fundamentales— y la eficacia/ineficacia de las *garantías secundarias* —las que pretenden asegurar la realización de las anteriores: típicamente, el conjunto de normas secundarias que, en la terminología al uso, se denominan ‘reglas de adjudicación’ (Ferrajoli, 2007: 334).

Cabe aquí introducir dos consideraciones especialmente relevantes para el estudio de las dinámicas sociales de la legalidad eficaz.

Obsérvese, ante todo, que no todas las conductas que ‘encajan’ con lo prescrito pueden ser tomadas, sin las debidas cautelas, como evidencia de ‘cumplimiento’. Más allá de la simple ‘coincidencia’ entre norma y acción, un análisis cuidadoso de la eficacia habrá de tener en cuenta las *motivaciones* que guían al sujeto, ya que de lo contrario es imposible saber cuál ha sido la incidencia efectiva de la norma, o de sus garantías, en la determinación de la conducta. Pongamos el ejemplo banal de un vegetariano que se abstiene de cazar en el territorio de una reserva o el de alguien que ignora absolutamente la existencia de una norma que establece el deber de realizar o no una acción y que sigue la conducta prescrita no en observancia de la norma, sino por inercia o mero interés. Lo mismo sucedería en el caso de que las normas establecieran conductas inevitables o, al revés, imposibles. Aquí el indicador que define la ‘eficacia’ no puede ser otro que el *contrafáctico negativo* de la conducta que habría realizado el sujeto en caso de que la norma no hubiera existido. Desde esta perspectiva es posible establecer una tipología de las modalidades de ‘coincidencia’, que va de la mera ‘correspondencia’, al ‘acatamiento’ tácito, al ‘cumplimiento’ voluntario y al ‘cumplimiento’ involuntario, fruto de la aplicación de sanciones (Laporta, 1996: 450-451).

En segundo lugar, conviene profundizar en la idea de que el estudio empírico de la ‘eficacia’ no es independiente del proceso de identificación de una norma como norma ‘jurídica’. Ya hemos aludido al nexo que se establece, en el nivel conceptual, entre eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento. De este nexo se desprende, ahora en el plano teórico, la insuficiencia de los enfoques que creen poder reducir el análisis de la eficacia a la observación de regularidades de conducta asociadas a meras formulaciones lingüísticas, descartando las múltiples complicaciones hermenéuticas que salen al paso en el proceso de aplicación del Derecho. La ‘correspondencia’ o ‘falta de correspondencia’ entre lo prescrito en la norma y las conductas o los hechos objeto de regulación no depende sólo de cómo se interpreten los enunciados legales, sino que está condicionada por la interpretación que se ofrezca —por parte del observador o del participante— de las conductas y los hechos ‘jurídicamente’ relevantes. Por otra parte, existe una amplia gama de situaciones fronterizas en las que parece imprescindible extender o matizar la noción intuitiva de cumplimiento por parte de los destinatarios. Son situaciones caracterizadas por la divergencia entre dos distintas nociones de ‘validez’, que puede ser entendida bien como ‘pertenencia’ al sistema o bien como ‘aplicabilidad’ (Navarro y Moreso, 1996).

Estas distinciones entre distintas modalidades de ‘cumplimiento’ y entre las distintas opciones metodológicas que intervienen a la hora de determinar el objeto del que se predica la eficacia/ineficacia arroja luz sobre los muchos factores que intervienen en la dinámica de la legalidad. Esto es así especialmente en una fase histórica como aquella en la que nos encontramos, en la que asistimos a una



intensa y acelerada mutación de las formas del derecho vigente. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

### 3. Eficacia vs. eficiencia

Las anteriores indicaciones ofrecen una visión de conjunto sobre las dificultades que suscita la idea de una comunidad política en la cual las leyes (eficaces) son el eje en torno al que gravitan los procesos de integración social. Aunque en principio la noción de 'eficacia' indica cierta relación de 'adecuación' entre normas y conductas —eso es lo que habitualmente entendemos por 'cumplimiento'— hemos visto que se trata de una caracterización imprecisa, que demanda especificaciones ulteriores. En última instancia, puede decirse incluso que el término 'eficacia' no tiene un significado unívoco y se asocia más bien a una 'familia' de conceptos, entre los que existen semejanzas y diferencias, que poseen un mismo substrato fáctico, pero que no pueden ser reducidos a un mínimo común denominador. Así, cabe distinguir entre 'eficacia normativa', entendida como "conformidad de los sujetos a las normas"; 'eficacia causal', mediante la cual se muestra la "incidencia de las normas jurídicas en la determinación del comportamiento de los individuos"; 'efectividad del sistema jurídico', referida a la incidencia del Derecho "en la determinación del comportamiento de los individuos, afectando sus motivos o razones para la acción" (Navarro, 1996: 210-213). Es importante observar que estas distintas dimensiones de la 'eficacia' son todas ellas independientes de la noción de 'eficiencia'.

Como en el apartado anterior, trataremos de precisar el alcance de estas distinciones. En primer lugar, obsérvese que tanto la noción genérica de eficacia como sus especificaciones se refieren a una cualidad que puede darse en una medida variable, con niveles de intensidad distintos. Es justo lo contrario de lo que sucede en el caso de la validez, que se da o no se da, de la misma manera que un ciudadano es o no es Presidente de la República, y nadie puede serlo sólo a medias. No se trata sólo de que una misma norma pueda ser eficaz en alguna de las dimensiones indicadas e ineficaz en otras, sino de que las distintas dimensiones de eficacia pueden darse en mayor o menor medida. Y esto es así incluso en situaciones que a primera vista podrían ser calificadas como de incumplimiento total, porque no siempre es cierto que una norma (válida pero) sistemáticamente incumplida o inaplicada carezca por completo de 'efectos'. Desde el momento en que el incumplimiento y la inaplicación pueden tener un 'reflejo' social, al ser percibidos como tales, la norma comienza a producir consecuencias prácticas. Al menos en un sentido indirecto, por sus efectos perlocutivos, será una norma *parcialmente* eficaz, y cumplirá o dejará de cumplir ciertas funciones. No es difícil explicar por qué esto es así: las normas y conjuntos de normas despliegan sus efectos tanto en relación con las consecuencias intencionalmente buscadas por el legislador, como en relación con la cadena de consecuencias no-intencionales que de ellas se derivan. Naturalmente, la evaluación de la eficacia, tomada desde este punto de vista, siempre será relativa a ciertos fines u objetivos sociales. Por ese motivo, cabe concluir que el análisis de la eficacia, en cualquiera de las acepciones de ese concepto, remite necesariamente a la práctica social mediante la cual se elaboran los objetivos de la norma o del ordenamiento. Este es el núcleo de la tercera de las acepciones de 'eficacia' mencionadas al comienzo, la que alude a la capacidad de una norma o conjunto de normas para obtener determinados resultados.

La segunda consideración a tener en cuenta está conectada con la anterior y se refiere al nexo entre eficacia y eficiencia, entendida esta última como la

capacidad para obtener ‘fines’ u ‘objetivos sociales’ con el menor coste posible. Porque, evidentemente, una vez que se pone al descubierto la dimensión teleológica de los instrumentos jurídicos, las consideraciones de racionalidad económica se vuelven ineludibles. Más concretamente, la ‘eficiencia’ —de nuevo, del ordenamiento en su conjunto, pero también de cada institución o norma aisladamente considerada— está determinada por la ‘relación’ que pueda darse entre [la expectativa de] “los beneficios agregados de una situación y [sus] costes agregados” (Polinsky, 2011: 7). En general, cabe suponer que cuanto mayor sea la eficiencia de una norma o conjunto de normas más probable será también que aumenten los niveles de cumplimiento y se reduzcan los márgenes de ineficacia. Viceversa, cabe esperar que los márgenes de ineficacia guarden alguna correlación con la ineficiencia de una norma o conjunto de normas (Hierro, 2002).

Pero hay todavía una tercera aproximación a la ‘eficacia’ del Derecho, no menos *empírica* que las anteriores y que hace hincapié en la dimensión estrictamente *formal* de los fenómenos jurídicos. En este caso, la noción genérica de ‘cumplimiento’ se especifica en referencia a la idea de “causalidad jurídica”, de manera que un acto o una norma será considerado eficaz/ineficaz en la medida en que llegue a producir *realmente* los efectos jurídicos que le corresponden “en virtud de la regla que lo[s] establece” (Ferrajoli, 2007: 280). Obsérvese, al respecto, que la producción de efectos jurídicos no siempre es automática (*ex lege*). A veces sucede que lo es, y entonces no se plantea este problema, pero en otras ocasiones —cabe argumentar que en la mayoría— la existencia o no de los efectos previstos depende de que se produzcan o no determinadas circunstancias. Es perfectamente posible, entonces, que las consecuencias que *deberían* desprenderse de una norma o conjunto de normas, *en la práctica*, no lleguen a producirse. Así, por ejemplo, cuando no llega a dictarse la disposición que recoge una expectativa legítima (laguna normativa), o cuando faltan los instrumentos jurídicos necesarios para que una norma llegue a desplegar los efectos previstos (laguna de garantías). No en vano, en el léxico jurídico corriente es habitual calificar como ‘eficaz’ a la norma que produce los efectos previstos *en derecho*.

Esta ulterior especificación nos lleva a distinguir dos nuevos planos en la noción genérica de ‘eficacia’, que suelen presentarse de forma indiferenciada. Una cosa es que una norma o conjunto de normas sea eficaz/ineficaz porque produce/no produce los efectos deseados *en el entorno social* al que se aplica y otra distinta es que lo sea porque produce/no produce los efectos previstos *dentro del sistema jurídico al que pertenece*. Esta diferencia no es inocente y, por el contrario, puede tener interesantes implicaciones desde el punto de vista de la crítica del derecho vigente. La lucha por la eficacia del Derecho o contra la ineficacia pasa unas veces por la creación de las condiciones *externas*, económicas o sociales, que favorecen el cumplimiento de los objetivos previstos; otras, en cambio, por una intervención *en el interior* del propio sistema, como por ejemplo cuando se demanda el desarrollo de garantías jurídicas adecuadas.

#### 4. Mutaciones de la eficacia (I): problemas de interpretación

Las distinciones que hemos venido realizando hasta aquí quieren ser algo más que una disección de un conjunto de realidades que suelen quedar englobadas en la idea genérica de ‘cumplimiento’ del Derecho. Queda todavía por desarrollar la alusión inicial a las mutaciones que están teniendo lugar en el Derecho contemporáneo y que están estrechamente relacionadas con las dinámicas históricas en la cultura de la legalidad. Se trataría, en concreto, de adoptar la mirada del sociólogo o del politólogo y de preguntarse cuál es el tipo de Derecho que llega a ser ‘eficaz’ en nuestros días, por qué llega a serlo y cómo. La asociación intuitiva



entre cultura de la legalidad y legalidad eficaz tiende a volverse confusa a medida que observamos cómo se va diluyendo la imagen de un orden legal unitario, coherente y pleno, capaz de regular la conducta de sus destinatarios mediante un conjunto de instrumentos jurídicos en los que se plasma la voluntad del soberano.

La primera mutación relevante afecta a la relación entre eficacia e interpretación de normas o conjuntos de normas. Es obvio que el Derecho del que se predica la 'eficacia', en cualquiera de las anteriores acepciones, y con independencia de cuál sea el marco de referencia en el que nos situemos, tanto en la tradición del Derecho continental como en la tradición del 'common law', es siempre el *derecho interpretado*. Si se prefiere decir así, el 'Derecho' que importa desde el punto de vista de la eficacia es el *Derecho en acción*. Pero es precisamente esta circunstancia la que nos obliga a confrontarnos con la extraordinaria transformación que están experimentando las técnicas y las ideologías de interpretación jurídica -con diferentes enfoques Guastini (1998) y Atienza y Ruiz Manero (2004)-. Las razones del cambio son sobradamente conocidas y se refieren tanto al ingente proceso de constitucionalización que se produce en los ordenamientos, como a la tendencia que está llevando a la disolución de las fronteras entre el Derecho "formal" y los restantes procedimientos "informales" de solución de conflictos, el cambio en las funciones y las técnicas de intervención administrativa, etc.

A este propósito interesa observar cómo las dimensiones clásicas de la eficacia de las normas o del ordenamiento quedan paulatinamente desdibujadas, con las consiguientes complicaciones tanto en el plano del análisis empírico como en el plano conceptual. Como es sabido, el Derecho está dejando de ser un Derecho de reglas y se está convirtiendo en un Derecho de principios. No importa aquí establecer si esta tendencia es o no reversible, o si supone un avance o un retroceso desde cualquier posible punto de vista, de la más estricta técnica jurídica o desde el punto de vista de la legitimidad del sistema jurídico. De lo que se trata es de observar que esta evolución, a medida en que vaya consolidándose, tendrá consecuencias muy significativas sobre la fenomenología de los Derechos realmente existentes. Cabe suponer, por ejemplo, que amplios sectores del/de los sistema/s jurídicos tenderán a volverse cada vez más in/eficaces, al tiempo que su función será cubierta por otras modalidades distintas de regulación o de resolución de conflictos, vinculadas a sectores diferentes del ordenamiento.

Hay al menos dos consideraciones relevantes que salen al paso en este punto. De un lado, y dado que como hemos dicho este nuevo Derecho emergente tiende a estar formado por estándares normativos 'flexibles', que requieren un esfuerzo interpretativo suplementario para la determinación de su contenido, cabe preguntarse en qué sentido será todavía *posible* evaluar los niveles de 'eficacia' de conjuntos abiertos de estándares normativos. Más claramente: ¿cómo se mide el grado de 'observancia' de un Derecho formado al mismo tiempo por reglas técnicas y por principios, los cuales a su vez pueden ser ampliamente contradictorios entre sí y precisar de sucesivas aproximaciones argumentativas? De otra parte, y ahora desde el punto de vista de la política del Derecho, ¿cuál será el nivel adecuado de 'flexibilidad' que precisa un determinado sistema jurídico para llegar a ser eficaz/eficiente, o para que no se vuelva ineficaz/ineficiente en un entorno caracterizado por crecientes niveles de complejidad social? ¿Cuáles serán los costes previsibles, medidos en términos de ineficacia y aún de ineficiencia, de un Derecho extremadamente flexible, esto es, de un Derecho sin reglas y con un sistema de fuentes cada vez más 'inciertas'? Y, en última instancia, ¿Quién y cómo

determina los niveles de flexibilidad y rigidez de un Derecho eficaz? ¿Es un problema puramente “técnico” o hay algo que la “política” pueda decir al respecto?

## 5. Mutaciones de la eficacia (II): eficiencia y legalización

El segundo frente de cambio está relacionado con la evolución de la estructura y la función del Derecho como consecuencia de los procesos de globalización. En el paso de un sistema mundial de base westfaliana a la constelación post-nacional se produce un clamoroso desacoplamiento de las tres dimensiones básicas sobre las que se asentaban los procesos de integración social basados en el Derecho: la autoridad, el territorio y la ciudadanía (Sassen, 2006).

Una vez más, la referencia a estas mutaciones muestra los límites de la relación intuitiva entre eficacia del Derecho y cumplimiento de las leyes. La situación presente se caracteriza, por un lado, por una generalizada des-regulación de amplios sectores del Derecho, entre otras cosas, a raíz de la creciente ineficacia de los instrumentos de regulación tradicionales, de base estatal y, genéricamente, territorial, cuya administración estaba confiada, de forma paradigmática, a organizaciones de tipo burocrático. Por otra parte, y al mismo tiempo, se observa una tendencia opuesta, que lleva a la deslocalización y proliferación de instrumentos destinados a satisfacer las exigencias de coordinación social (Teubner, 1997). Se habla, a este propósito, de un generalizado proceso de ‘legalización’ y/o ‘juridificación’ que arranca del Derecho mercantil transnacional —la llamada *lex mercatoria*— y se extiende a otros sectores tanto del Derecho privado como del Derecho público internacional —por ejemplo, en el caso del Derecho internacional de los derechos humanos y hasta del Derecho administrativo, en tiempo de furiosa privatización de la gestión pública— y supra-nacional —los casos paradigmáticos son los de la Unión Europea y la WTO—. Lo interesante de este doble fenómeno es la extraordinaria capacidad de los instrumentos regulatorios globalizados para penetrar y trastocar el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, que de ninguna manera pueden aspirar a levantar barreras impermeables, como las que supuestamente existían en el modelo estatista-westfaliano (Barberis, 2008). No hará falta detenerse e insistir en que en el análisis de estas transformaciones la perspectiva de la eficacia, en sus múltiples dimensiones, es indispensable. Sin ella no parece que pueda darse una explicación significativa de las fuerzas que dirigen los procesos de cambio.

En general, y siempre sin perder de vista el ideal de una sociedad en que la legalidad sea el punto focal de integración social, la clave está en entender cómo y por qué los distintos actores, tanto privados como públicos, tanto nacionales como transnacionales, van a optar por ‘legalizar’ sus marcos de actuación. La respuesta a esta pregunta pasa por observar que la existencia de pautas de conducta relativamente *estables*, y por tanto también relativamente *flexibles*, como las del Derecho contemporáneo, reduce los niveles de incertidumbre y disminuye los costes de transacción. Desde este punto de vista, parece obvio que las dos soluciones extremas tienden a resultar ineficientes y producen, a la larga, marcos normativos ineficaces: la desregulación excesiva es costosa, de la misma forma que lo es una regulación excesivamente rígida. Pero lo importante es observar que, en un contexto de análisis como éste, la *fuerza regulativa* del Derecho ya no depende sólo de su capacidad para orientar *por sus propias fuerzas* la conducta de sus destinatarios, recurriendo típicamente al monopolio de la coacción ejercida por un agente dotado de autoridad. A diferencia de lo que implicaba un esquema sencillo de análisis de las relaciones entre ‘norma’ y ‘cumplimiento’, basado fundamentalmente en el equilibrio entre aceptación voluntaria y aplicación de sanciones positivas y/o negativas, es imprescindible tener en cuenta otras variables distintas. Entre ellas, (1) el mayor o



menor grado de obligatoriedad, esto es, de efectividad en los mecanismos de control formal o informal; (2) el mayor o menor grado de precisión en la enunciación de las disposiciones y, por tanto, de discrecionalidad por parte de las autoridades que las aplican; y (3) el mayor o menor nivel de delegación en terceros en las operaciones de interpretación, supervisión o implementación.

Por otra parte, y como ya hemos mencionado, la aplicación de estos nuevos estándares flexibles, lejos de apelar al paradigma clásico de la subsunción de hechos a normas, establecen meras pautas procedimentales de negociación y ajuste entre expectativas e intereses. Se supone, en efecto, que en el curso de estos procesos las reglas se vuelven “más específicas, mejor elaboradas, más técnicas” (Goldstein *et al.*, 2006: 6]. La idea es, por tanto, que el Derecho está destinado a *transformarse* sobre la marcha, en función de las circunstancias, en un proceso de ajuste en el que son las partes interesadas, y no los titulares de los poderes tradicionales de producción y aplicación de normas, las que tienen el máximo protagonismo. También en este sentido, la ‘eficacia’ de los nuevos regímenes regulatorios tiende a desvincularse del *viejo* modelo legalista de ‘observancia’. De hecho, por el momento, la investigación empírica parece confirmar, por ejemplo en el caso de la Unión Europea, el elevado nivel de ‘éxito’ —esto es, de ‘eficacia’ y, a la vez, de ‘eficiencia’— de estas nuevas técnicas de regulación (Zürn y Joerges, 2005).

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. (1996), “Norma jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta / C.S.I.C., Madrid, pp. 133-137.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004), *Las piezas del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.
- BARBERIS, M. (2008), *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BOBBIO, N. (1991), *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- BOBBIO, N. (1980), “Derecho y fuerza”, en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, F. Torres, Valencia, pp. 335-348.
- FERRAJOLI, L. (2007); *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRARI, V. (2000), *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del derecho*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- GOLDSTEIN, J.L., KAHLER, M., KEOHANE, R.O. y SLAUGHTER, A.-M. (eds.) (2001), *Legalization and World Politics*, MIT Press, Cambridge/London.
- GUASTINI, R. (1998), “La *costituzionalizzazione* dell’ordinamento italiano”, *Ragion pratica*, Vol. 11, pp. 185-206.
- HART, H.L.A. (1977), *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HIERRO, L. (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA, F.J. (1996), “Poder y derecho”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta/C.S.I.C., Madrid, pp. 441-454.
- NAVARRO, P. (1996), “Validez y eficacia de las normas jurídicas”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta/C.S.I.C., Madrid, pp. 209-218.
- NAVARRO, P. y MORESO, J.J. (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, Núm. 5, pp. 119-139.
- POLINSKY, M. (2011), *An Introduction to Law and Economics*, 4ª ed., Wolters Kluwer, New York.

- SASSEN, S. (2006), *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton UP, Princeton.
- TEUBNER, G. (1997), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth.
- ZÜRN, M. y JOERGES, C. (2005), *Law and Governance in Postnational Europe*, Cambridge UP, Cambridge.

