

## **LA EFICACIA DEL DERECHO: DEL IUSPOSITIVISMO AL REALISMO JURÍDICO**

José de Jesús Aguilar Carrasco\*

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2019.

Fecha de aceptación y versión final: 19 de diciembre de 2019.

### *Resumen*

Hemos heredado la cultura del Iuspositivismo en México y en América Latina, en el entendido de observar a la Ley como una determinación unívoca y universal, sin embargo a lo largo de la historia del Derecho en estas latitudes nos hemos percatado que la norma no es suficiente para garantizar su aplicación, es decir, el Derecho no es simple y llanamente porque debe ser, sino que requiere de mecanismos de garantía eficaces para su cumplimiento y aun así, en algunas ocasiones se presentan condiciones externas al ámbito jurídico que impiden su aplicación, como pueden ser factores sociales, políticos, culturales, económicos, etc. Por eso se propone el estudio del Derecho a través de la sociología jurídica para poder explicar estos fenómenos y si bien es cierto que no es la única ni la mejor forma de hacerlo, considero que es una herramienta mucho más clara que nos permitirá explicar los contextos en los que vivimos.

### *Abstract*

We have inherited the culture of Iuspositivism in Mexico and in Latin America, in the understanding of observing the Law as a univocal and universal determination, however throughout the history of Law in these latitudes we have realized that the norm is not enough. In order to guarantee its application, that is, the Law is not simply because it should be, but requires effective guarantee mechanisms for its compliance and even so, on some occasions there are conditions outside the legal field that prevent its application, such as they can be social, political, cultural, economic factors, etc. That is why the study of Law is proposed through legal sociology to be able to explain these phenomena and although it is true that it is not the only or the best way to do it, I believe that it is a much clearer tool that will allow us to explain the contexts in which we live.

*Conceptos clave:* Iuspositivismo, norma, garantías, factores, sociología jurídica.

*Keywords:* Iuspositivism, norm, guarantees, factors, legal sociology.

\* Estudiante del quinto semestre del Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas y Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## **Introducción**

El Derecho ha sido considerado durante diferentes épocas de la vida en sociedad, como parte fundamental en el desarrollo de las relaciones humanas, desde aquellas posturas que lo han catalogado como una “ciencia”, hasta aquellos otros que lo explican de manera limitada como una “técnica” que permite resolver los problemas que se presentan en una comunidad.

Sin embargo, existe un elemento sustancial que de igual forma ha ido cambiando con este desarrollo, y más allá de sufrir una conversión, ha ido menguando cada vez más su aplicabilidad, derivado del constante cambio que las sociedades en el mundo han tenido y con mucho mayor afianzamiento en las últimas dos décadas. Este elemento es “la eficacia del derecho”; solo que, en el caso de nuestro país, es de considerarse que no es el Derecho en su generalidad, sino en todo caso los mecanismos de garantía.

Desde las posturas más radicales del iuspositivismo de Hans Kelsen, hasta las opiniones sociológicas más relevantes en los últimos tiempos que la sociología jurídica ha permitido a través del realismo jurídico en voz de autores como Oscar Correas, nos abren ciertas perspectivas en torno a este análisis para explicar cómo el Derecho encuentra su eficacia si, se aplican las determinaciones judiciales, es decir; el paradigma sugerido es que, de nada sirve tener la norma per se, si esta no es capaz de resolver de manera clara y contundente los conflictos, cumpliendo además el objeto para el cual fue creada.

El presente artículo tiene como objeto el dejar a la reflexión para el lector, que la eficacia del Derecho, y como se dice de los mecanismos de garantía, no puede constreñirse a la existencia de la ley y a su aplicación a través de un procedimiento determinado por normas adjetivas de derecho positivo, si estas no son capaces, en la realidad, de resolver los problemas que se plantean por parte de los justiciables, de lo contrario seguiremos encontrando densas sentencias en donde los Jueces y Magistrados demuestran una enorme capacidad de análisis y argumentación; pero, que en el terreno de los hechos, en la realidad diaria de una sociedad cada vez más polarizada, la eficacia del sistema jurídico como instrumento garante de los derechos de quienes acuden a las instancias judiciales a pedir justicia, está cada vez más lejos de la realidad.

Para poder contar con la base conceptual que nos permita entender esa perspectiva a la que hacemos alusión, es pertinente atender a algunas opiniones especializadas como las que a continuación se mencionan.

Theodor Viehweg en su “Tópica y Filosofía del Derecho”, ha opinado que el Derecho es un fenómeno social que se presenta bajo variada forma,

también en el campo de la ciencia del derecho; <sup>1</sup>en efecto, al ser un producto de la evolución humana no puede ni debe quedarse inerte a los cambios sociales, más aun en un mundo cuyo contexto e intercambio de información y culturas, derivado de las nuevas tecnologías, avanza vertiginosamente hacia efectos globalizantes.

Es aquí el punto de partida para comenzar a percatarnos de la confronta entre dos posturas filosóficas del derecho, el iuspositivismo y el realismo jurídico.

Para Hans Kelsen decir que un orden jurídico es “eficaz” significa que la conducta de la gente se adecua a la norma;<sup>2</sup> y que con ello nada se afirma respecto de los motivos de tal conducta, ni tampoco de la compulsión psíquica que puede emanar del orden jurídico. El problema con esta postura radical, es seguir pensando que el conglomerado social debe esperar una disposición normativa para en todo caso ceñir su conducta a esta regla; sin embargo nada más alejado de la realidad, sin dejar de lado que al amparo de la cultura iuspositivista heredada de occidente, y en especial en México las sentencias hacen referencia a lo que debe ser, sin embargo, nadie se ocupa de que los procedimientos garanticen el cumplimiento de la norma sustantiva.

Al respecto no debemos olvidar que la reforma Constitucional que sufrió la norma fundamental mexicana en su artículo 1º <sup>3</sup> llevada a cabo el 10 de junio de 2011, estableció el transito del reconocimiento simple de las garantías individuales a la conceptualización de los Derechos Humanos, dejando atrás la impronta de que “como la ley dice, ya es”, generando con ello el entender que las garantías individuales son el reflejo de perspectivas técnicas de como el derecho tiene vigencia, pero que ello no es suficiente para su aplicación.

Por su parte, Eduardo García Maynez, señala que declarar que un precepto de Derecho es eficaz, significa que es cumplido por sus destinatarios. <sup>4</sup> Sostener que todo un sistema tiene eficacia significa en cambio, que las prescripciones que lo constituyen son normalmente obedecidas o aplicadas; sin embargo aquí habrá que preguntarnos ¿todas las normas son

normalmente obedecidas por el solo hecho de ser normas? ó ¿existen algunas otras condicionantes que circunscriben al cumplimiento de la norma además del solo entendimiento a partir únicamente del Derecho? Estas preguntas son las que en el desarrollo del presente documento trataremos de responder, pero para tal efecto es necesario atender a diferentes opiniones de los tratadistas respecto de “la eficacia”.

### **Perspectiva de análisis de la vigencia de las normas.**

Señala Theodor Viehweg que el iuspositivismo tiende fácilmente a suponer que las disciplinas específicas de la investigación (por ejemplo la filosofía del derecho, historia del derecho, sociología del derecho) tienen poco que ver con la verdadera ciencia del derecho,<sup>5</sup> postura que compartimos de manera concreta en razón de que el Derecho no puede ser considerado como una fórmula inmutable ante la sociedad en donde se aplica, muy por el contrario, el Derecho es o debe ser eficaz en la medida en que avanza y evoluciona de acuerdo al comportamiento del conglomerado social, del avance de la ciencia, del planteamiento de sustentabilidad, de la adquisición de nuevas formas de conducta y de comportamiento.

Cuando nos referimos a aquella herencia del iuspositivismo y del avance de las garantías a derechos en nuestra Constitución, entendemos con ello que, influenciados por esa cultura, no se obligaba entonces a la aplicación de la garantía de derechos, como en la actualidad debería ejecutarse, por lo que uno de los planteamientos que debemos hacernos es ¿los mecanismos de garantía con los que hoy contamos, son suficientes para garantizar que aquellos Derechos consagrados a partir del artículo 1º Constitucional se cumplan? Es decir, llevando el planteamiento al área procesal, ¿las sentencias se cumplen? Son estas y otras interrogantes las que surgen al analizar la a la sociología jurídica como una de las formas de análisis del Derecho.

Sostiene Viehweg que mientras que en el siglo XIX parecía que la historia del derecho era la única materia de investigación de nuestra disciplina, se desarrollaron otras más, como la sociología del derecho. <sup>6</sup>De esta manera debemos tener en cuenta que un punto de inflexión al que debemos

arribar una vez que analicemos las diferentes posturas de la eficacia del derecho es precisamente la posibilidad de analizar al Derecho a través de los lentes de la sociología del derecho.

Por otra parte, María José Fariñas Dulce, hace extensiva la necesidad de atender una especie de sociología del derecho renovado que se dirija hacia (versus) el análisis sociológico de los sistemas jurídicos, entendiendo como un proyecto científico interdisciplinar y constructivista; <sup>7</sup> lo que de ninguna forma y manera puede dejar al Derecho aislado o estático en una burbuja insalvable, pues ello conduciría a la ineficacia no solo de las normas de garantía, sino que del propio sistema jurídico.

Ronald Dworkin por su parte, atribuye elementos axiológicos a la eficacia del derecho, como lo puede ser la integridad <sup>8</sup> como elemento contributivo, es decir, si el pueblo acepta ser gobernado no solo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de principios que estas decisiones suponen; luego entonces desde esta perspectiva no solo es suficiente la existencia propia de la norma, sino condiciones paralelas que de una forma u otra están presentes en el análisis del verdadero cumplimiento de la norma.

Estas posturas si bien es cierto, son contrarias en su esencia; desde luego nos sirven para fijar una posición propia. No solo encuentran eco en el mundo internacional del estudio del Derecho, sino también a partir de las aportaciones como algunos estudiosos mexicanos. Eduardo García Maynez, señala con toda claridad esta trilogía en la visión complementaria del Derecho, haciendo la distinción entre el dogma, la sociología jurídica y la filosofía del derecho. Tres visiones distintas de ver un problema, pero a la luz de quien escribe la segunda puede ayudar a entender el entorno, porque aquello que no se materializa, que no se ejecuta, se queda restringido a la aportación dogmática sin que en los hechos se traduzca en la solución de los conflictos.

Esta distinción entre lo que se puede denominar como el derecho real existente y el derecho ideal, entre derecho como hecho y valor, entre derecho que es y debería ser, a partir de aportaciones científicas como la

propia “Ley de Hume” a la que me referiré párrafos posteriores, son elementos que nos permiten realizar un análisis efectivo del tema que se plantea en este documento.

Así, este encuentro de posturas, vistas a la luz histórica de una directriz que considera al formalismo legalista de la escuela de la exégesis en Francia, el formalismo doctrinal de la jurisprudencia de conceptos de Alemania y el formalismo jurisprudencial del “case method” americano, como insuficientes, nos hacen pensar que la sociología del derecho encuentra su caldo de cultivo en los países avanzados y democráticos, solo que considero oportuno hacer una acotación, a diferencia de la ciencia del Derecho dogmático, la sociología del derecho se constituye a partir de una condición interdisciplinar.

En este mismo terreno se coloca otro mexicano estudioso del Derecho como lo es Rolando Tamayo y Salmorán, quien no solo acota su aportación al concepto de eficacia, sino introduce el de validez, al señalar que no hay validez sin eficacia, por tanto, esta, es condición necesaria de la validez de un orden jurídico y por otro lado, siempre que un orden jurídico, es eficaz, este orden es válido, por tanto, la eficacia es condición suficiente de validez. La eficacia es una condición necesaria y suficiente de la validez.<sup>9</sup>

Esto es, una sin la otra no puede existir, pero desde luego coincide en que la existencia normativa de un positivismo jurídico exacerbado, no garantiza de forma alguna la aplicación irrestricta del Derecho, en razón de lo que hemos venido sosteniendo, la norma requiere insalvablemente de mecanismos que garanticen su aplicación y cumplimiento.

A esta línea de investigación se suma Aulis Aarnio, al señalar que la eficacia se convierte en una condición necesaria de la obligatoriedad de un sistema de normas jurídicas. Desde este punto de vista, validez sistemática significa que la norma jurídica es parte de una jerarquía de normas jurídicas eficaz, que culmina en la norma fundamental.<sup>10</sup> Solo que habrá que aclarar, que estas características pueden ser afectadas por elementos externos y paralelos como los que mencionare con posterioridad.

Otro de los autores referentes para el planteamiento conceptual del presente trabajo es Serafín Ortiz Ortiz, quien señala que la validez de las

normas se debe abordar en tres sentidos: primero, desde la perspectiva ética, donde una norma es válida porque es obligatoria, porque posee una cierta calidad y una cierta cualidad, que guían a un sentimiento de obligatoriedad necesaria que conduce al individuo a respetarla y acatarla; en segundo lugar, que la norma desempeña un acción externa porque existe, porque se encuentra prevista en forma coherente afin dentro de un cierto sistema de normas, porque es una norma real, existe, y su existencia se encuentra profundamente ligada a circunstancias de temporalidad, espacialidad, materialidad y personalidad, y finalmente, desde la perspectiva de su acción interna, una norma es válida respecto a un sistema de normas que la preside; desde esta mirada, ya existen algunas normas que en orden a ese conjunto específico buscan esa coherencia y esa correspondencia en el texto, de tal como que las normas que de manera particular establezcan los contrastes pueden ser válidas o inválidas, según este correspondiendo o no al sentido que llevan implícito en el texto legal.<sup>11</sup>

Al respecto es oportuno señalar que esta validez o invalidez es vista desde el punto de vista de la formalidad, sin embargo el problema al que nos enfrentamos es precisamente en el momento de la aplicabilidad, de la materialización de la norma respecto de la conducta humana.

Ahora bien, a estas apreciaciones Kelsen también suma opinión, pues a pesar de su condición positivista reconoce que una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que como se suele decir, no alcanza un cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. El mínimo de la llamada efectividad es una condición de validez, por lo que intrínsecamente reconoce que pueden existir condiciones que afecten estas características de la norma.<sup>12</sup>

Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni aun cuando su aportación a la ciencia del Derecho se conduce más específicamente al Derecho Penal, explica que otro elemento que afecta la eficacia del derecho es la “coherencia interna”, haciéndonos reflexionar que esta se niega en el discurso jurídico cuando se esgrimen argumentos tales como "Así lo dice la ley" "lo hace porque el legislador quiere"; esto es, otra vez una aplicación a raja tabla de la disposición normativa alejada de su aplicación real en el entorno.<sup>13</sup>



Al respecto también podemos localizar posturas económicas-anarquistas, como la de Evgeny Bronislavovich Pashukanis, cuando nos señala que el derecho era una mera forma jurídica, producto exclusivo de la sociedad capitalista, generado por las relaciones de cambio que le son propias. Pero que el advenimiento del socialismo no extingue automáticamente las relaciones de cambio, sino que este debe seguir cargando con ellas como resabio de la sociedad burguesa, también deberá conservar la "forma jurídica", pero cuando en una etapa más avanzada se superen esas relaciones, se producirá la desaparición del derecho.<sup>14</sup>

Finalmente, para efecto de concluir este debate teórico me refiero a Luigi Ferrajoli, quien nos enseña que Derecho como norma y derecho como hecho, son diversas contrapuestas de dos principales orientaciones de normativismo y realismo en el que se divide la teoría del derecho contemporáneo. El iuspositivismo dogmático, a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad: tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes solo las normas efectivas.

Ambas orientaciones nos dice, son ideológicas, en primer lugar porque se limita a contemplar el derecho válido observándose de su posible inefectividad; la segunda porque se limita a considerar el derecho efectivo pasando su alto posible invalidez.<sup>15</sup>

## **El derecho que no es**

El positivismo jurídico ha insistido en la correspondencia entre ser y deber ser, sin embargo, habrá que analizar si en la facticidad, estas condiciones se cumplen a cabalidad, o existe un sesgo que rompe el puente de comunicación entre ellas.

En efecto, Fernando Tenorio Tagle, nos enseña que la teoría jurídica ha siempre insistido en diferenciar el ser del deber ser, el cual, este último puede caracterizarse, como el ser que no es o que todavía no es, aquel que

depende de un estado de excepción fiel a su presupuesto, este es el deber ser que siempre es.<sup>16</sup>

Es decir, que el solo planteamiento entre la norma y su cumplimiento no puede de forma alguna quedar adinmiculado a condiciones eminentemente jurídicas, sino que por alguna razón está acompañado de la variable sociológica, y en algunos casos no solo de esta, sino de otras como culturales, políticas o económicas que conducen a un estado de excepción al que se refiere el autor citado.

Pero estas condiciones de excepción se nos dice derivan de que toda la sociedad humana organizada, incluso en sus formas más complejas y altamente desarrolladas, es, en cierto sentido, no más que una extensión y ramificación de esas sencillas y básicas relaciones sociofisiológicas entre sus miembros individuales; es decir, es la propia condición humana la que en todo caso determina ese ser que es o que debe ser; circunstancia por la cual para Otto Von Gierke, el derecho es un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos; que se diferencian por su origen, pensamiento y desarrollo.<sup>17</sup>

Para poder explicar estas circunstancias es necesario atender a lo planteado a través de la “Ley de Hume”; que consiste en la aplicación de una regla de la lógica que prohíbe inferir conclusiones morales o normativas desde premisas fácticas; dicho de otra forma la imposibilidad de inferir el deber ser a partir del ser.

Entonces, un “debe” constituye una premisa normativa, y un “es” o “ser” constituye una premisa fáctica; y en el análisis del positivismo, la sola subsunción que se realiza del segundo al primero es suficiente para acreditar la adecuación de una conducta a la disposición legal, es decir, se infiere a partir de un valor normativo, condición que no puede presentar a decir de Hume una consecuencia lógica-

El puente de comunicación en esta relación entre el “ser y el “deber ser” no puede constituirse a través de una inferencia simple, sino que tal y como lo señala McIntyre, esta inferencia debe ser robustecida a partir la mediación de un concepto, de una explicación, que en todo caso en el caso de una disposición normativa requiera la justificación del interés público.

Por ello para David Hume, la sociedad no existiría si los individuos no fueran egoístas y su bondad no fuese limitada, condiciones que les impiden poseer aquellos bienes que desean, es decir, atribuye algunas circunstancias axiológicas al principio de subsunción del que estamos acostumbrados a observar y a señalar en el desarrollo y estudio común de la ciencia del Derecho.<sup>18</sup>

En la incorporación de estas condiciones axiológicas, Hume insiste en que el individuo tiene la obligación solo si tiene un motivo o una inclinación hacia la realización de aquella clase de acción, por lo que la premisa normativa, es decir, los deberes jurídicos existen en la medida del propio interés de los sujetos de dicha norma.

Estas condiciones humanas tienen que observarse a la luz de conceptos como eficacia y obligatoriedad, habida cuenta de que la eficacia es una cuestión de hecho, circunstancias por las cuales la sola afirmación de que si es A debe ser B, no es suficiente para salvar el planteamiento, y es de ello de lo que me ocupo a continuación.

En ese mismo orden de ideas, tenemos que considerar a la par de la aplicación de la Ley de Hume, algunos otros conceptos que ayudan a comprender de mejor manera su aplicación, uno de ellos es el concepto de “Post Verdad” que describe la distorsión deliberada de una realidad, en la que los hechos objetivos tienen menos influencia que las apelaciones a las emociones y a las creencias personales, estableciendo como un fin el crear y modelar la opinión pública e influir en las actitudes sociales.

En cultura política, se denomina política de la postverdad (o política postfactual) a aquella en la que el debate se enmarca en apelaciones a emociones desconectándose de los detalles de la política pública y por la reiterada afirmación de puntos de discusión en los cuales las réplicas fácticas —los hechos— son ignoradas.

La postverdad difiere de la tradicional disputa y falsificación de la verdad, dándole una importancia «secundaria». Se resume como la idea según la cual “el que algo aparente ser verdad es más importante que la propia verdad”

Para algunos autores la postverdad es sencillamente mentira (falsedad) o estafa encubierta con el término políticamente correcto de «postverdad», expresión que ocultaría la tradicional propaganda política o el uso de las relaciones públicas como instrumento de manipulación.

Pero el Derecho no queda exento de la aplicación de esta postverdad, al establecer hechos alternos que se constituyen sin ninguna base científica y conceptual, es decir un planteamiento que refleja las características de univocidad o tridimensionalidad de la realidad. Es decir, que podemos opinar sobre “nuestra” realidad pero no podemos construir esa realidad: Esta condición puede dirigirse a los ejemplos del Derecho Penal y del Control Social, esto es, a partir de la postura de la persecución y el poder punitivo del Estado pasando entonces por la identificación de los poderes Estatales cuya obligación es el de servir como instrumento para el reproche y la represión pero por otro lado, el control social a través de verdes falaces y escarnios-

Por ello Hume insiste en este rompimiento lógico entre el ser y el deber ser, en esta simple y llana condición de subsunción en donde de acuerdo al contexto social, es cada vez más difícil garantizar un deber ser que no es y un ser que dejó de estar, análisis que solo se pueden atender a la luz del pensamiento crítico.

Estas condiciones entonces, han centrado la determinación de la ley en las personas y no en la defensa de la sociedad y quizá es la principal diferencia entre reconocer la dignidad humana o no.

Entonces, si tenemos que analizar la eficacia del Derecho a partir de un análisis positivista de la norma, y de la determinación del ser y el deber ser, estaríamos frente a una impronta que nos llevará sin lugar a dudas a determinar en un cierto tiempo y en un cierto espacio, que el Derecho comenzará a ser ineficaz; sin embargo a la luz del análisis del contexto que se presente en el momento adecuado, entendiendo que la sola presunción de que la ley habrá de cumplirse porque “así lo mandata”, no es suficiente, sino que tienen que analizarse y observarse otras variables como las políticas, económicas, religiosas, culturales, se podrá determinar con mayor apreciación si una norma o el propio Derecho es eficaz o no.

## Conclusión

Para poder hablar de la eficacia judicial nos ha quedado claro que es necesario identificar las variables que converjan a este tema, esto es, históricas, jurídicas, económicas, políticas, entre otras; sin embargo para poder hablar de ello es necesario también tener muy en claro el concepto de validez, a partir de las tres visiones que abordamos del derecho; del iusnaturalismo, del iuspositivismo y del realismo jurídico, concluyendo que para poder explicar y entender el concepto a estudio, lo podemos hacer a través de la sociología jurídica en perspectiva, como una forma más, no la mejor, no la peor, de cómo entender el Derecho.

Una sociología de este tipo se debe estudiar a la luz de los fenómenos culturales jurídicos de la época en la que nos encontramos, pero además también de los cambios sociales a los que nos enfrentamos, tal vez incluso considerando un cambio de paradigma, al que llegaremos con una reconstrucción socio histórica con un método comparado.

¿Cómo impacta esto al Derecho? Como lo interpretamos y como lo actuamos. Un parámetro cultural se puede reflejar en una norma, en donde el ejercicio del derecho comparado es parte del proceso de evolución en un análisis crítico.

Entonces, al hablar de “Eficacia del Derecho”, debemos atender a las causas estructurales, es decir, percepción social, indicadores a través de los instrumentos procesales y de fondo como lo pueden ser precisamente las sentencias, y a partir de aquí verificar si estas sentencias se ejecutaron, y si no se ejecutaron entonces poder analizar qué derechos no se garantizaron o que beneficios comprobables no se realizaron.

Es decir, concluimos que los mecanismos de garantías con los que contamos hasta este momento, no son suficientes para generar la eficacia a la que nos hemos venido refiriendo, pese a la amplitud de Derechos consagrados, los procedimientos a través de los cuales se deben generar el debido cumplimiento de aquellos, no es eficaz. Y es que las posturas forma-

listas entraron en crisis, y ese análisis dogmático no es suficiente para resolver las transformaciones sociales aceleradas y complejas por las que las sociedades modernas cruzan en la actualidad.

En ese sentido debe quedar muy claro que una Sentencia es producto de un caso en particular, y que estas sentencias son instrumentos que garantizan Derechos que a su vez están impregnados en el Texto Constitucional, pero para que halla la eficacia judicial necesaria en este ejercicio sustancial de los Tribunales es necesario verificar el contexto social, el ser y el deber ser en su debida conexión o en su caso donde se rompió este canal lógico del que nos habla la ley de Hume.

Estas condicionantes no van de la mano, única y exclusivamente con enunciados normativos que constituyen el deber ser, sino desde luego también con el derecho como un obstáculo en el cambio social como lo define Roger Cotterel, <sup>19</sup>es decir son precisamente las circunstancias sociales las que en todo caso marcan la diferencia en la existencia y eficacia del derecho, todo ello como una evolución histórica-jurídica-cultural, a partir de una postura dogmática absoluta en donde la sociedad a regular era una sociedad conservadora, homogénea, singular, establecida en el Estado primero (social) que tenía como instrumento al Derecho para el control social; para avanzar a la construcción de una concepción del Derecho en su realidad, con una sociedad plural, liberal y heterogénea, en donde “las personas” adquieren prioridad y entonces el Derecho es un instrumento para garantizar los derechos.

Para poder llegar a esta etapa del derecho en donde se garanticen los derechos, es necesario hacer un análisis holístico, en donde se advierta la realidad, las instituciones que aplican las normas, los modelos interpretativos del Derecho, la dualidad Derecho-Ley y por supuesto las políticas públicas que nos permitan concluir si nuestro sistema jurídico es o no eficaz.

Lo que podemos decir es que los mecanismos de garantía no son suficientes para poder aplicar soluciones a lo que algunos autores han denominado como “casos difíciles”. Aquí podemos hablar de mecanismos in-

terpretativos como la subsunción o la ponderación de principios, sin embargo debemos insistir que es la variable sociológica la que debe tomarse en cuenta en algunos momentos de la aplicación del derecho para verificar la eficacia de este.

Todo ello porque el Derecho constituye una realidad y lo hace construyendo una cultura. Yo tengo una realidad y actúo respecto de ella, en donde el Derecho es un mecanismo de control social y por ende la ley se alimenta de las definiciones de la cultura, que a la par con otras se entrelazan para constituir una conceptualización bio-psico-social.

Desde esa perspectiva de análisis tendremos que entender que las personas son objetos sociales para los fines del Derecho, y en la concepción tradicional del iuspositivismo y la dogmática jurídica se nos “cosifica”, aunado a la influencia internacional de los derechos humano en esta cosificación de las personas. El Derecho entonces está construido para el beneficio social pero a costa de los derechos de las personas.

Por ello, las variables jurídicas sustantivas, no son suficientes, por lo tanto no son eficaces para generar beneficios a las personas afectadas por ciertas condiciones. El derecho entonces, se mantiene pero las demás variables de la que hablamos líneas anteriores se desvían porque existe una escisión pero el Derecho se topa con nuevas realidades y no se concreta; y esa concreción se presenta por la ineficacia de los mecanismos de garantía.

Ahora bien, hablar de eficacia en el derecho, o contrario sensu, de ineficacia nos obliga a general un estudio de lo que algunos autores han llamado como “el estado fracasado”, es decir, el estado tiene una ineficacia en uno de sus elementos, que pudiéramos atribuir al orden jurídico, por condiciones externas a la sola aplicación de la norma, y con ello se generan precedentes negativos para la solución de conflictos a la luz de la imposibilidad del Derecho de resolverlos, por lo tanto las personas pueden hacer lo que quieran sin consecuencia alguna y el estado queda entonces limitado.

Por ello insistimos en que el Derecho es una manifestación cultural y esta crea una particular forma de entender el Derecho. Esta manifestación

debe ser una forma de validación, la aceptabilidad tiene que ver con la validez y con la eficacia y además con la legitimación.

En el campo de la validez, un formalismo viola la ley de Hume, es decir pone los derechos en la ley sin que esto sea suficiente, porque se queda únicamente en la positivización de la norma pero ello no es suficiente para poder solventar los conflictos.

Entonces, el iuspositivismo no tiene la funcionalidad suficiente para la solución y aplicación del Derecho, y esto es así en virtud de que nos ha llegado al error mismo de pensar que la ley es la ley y por esta sola condición debe ser aplicada, sin embargo, esta aplicabilidad como se ha dicho en líneas que anteceden, se encuentra con algunos obstáculos para su cumplimiento y ejecución y es entonces donde la postura dogmática del ser y deber ser enlazados para el cumplimiento de una norma no encuentra eco en la realidad social, pero no solo eco, sino tampoco explicación, es decir, no es capaz de explicar o de hacer entender porque no puede ir más allá. Para ello es necesario realizar el estudio sociológico de las diversas circunstancias o variables a la que hemos hecho alusión con anterioridad, y de esta manera poder entender como pierde eficacia el Derecho.

A partir de ello toma entonces fuerza la distinción entre moral y derecho, y la connotación del contexto que arropa toda sociedad, es la que nos puede permitir ir más allá de la sola aplicación de la norma o de postulados rebasados como “LEX DURAX SED LEX”.

Desde luego que esto también nos abre el espacio de análisis para plantearnos si el derecho debe ser entendido como hecho o como valor, postura en donde la opinión del que escribe es como hecho, pues la postura axiológica debe ser resultado de la primera, pues el hecho de no tomar en cuenta las condiciones sociales y seguir pensando que la norma por si misma como mandato supremo es y debe ser instrumento para la solución de los conflictos nos seguirá generando encontrarnos con rompeolas en la eficacia del Derecho.

En conclusión y para explicar el fondo del presente artículo, planteo dos preguntas a las que debemos dar respuesta con los antecedentes conceptuales en los que nos encontramos.



Primero. ¿Todas las normas son obedecidas por el hecho de ser normas?

Segundo ¿Existen algunas condicionantes al cumplimiento de una norma?

Tercero Resueltas estas interrogantes ¿podemos decir que el Derecho es Eficaz si se aplica en la forma propuesta por el iuspositivismo?

Respecto de la primer interrogante, una vez que hemos agotado todas las posturas académicas tomadas en cuenta para la construcción del presente artículo, la respuesta es muy evidente, las normas no son obedecidas por el hecho de ser normas, y no lo es así, porque no se trata de la implementación a raja tabla de una consideración de derecho, la sola determinación normativa, si bien es cierto puede en dado caso establecer condiciones mínimas hipotéticas se hace al amparo del constructo del legislador, sin embargo estas deben ser acompañadas en principio de mecanismos coercitivos que permitan en todo caso su debido cumplimiento. Pero ¿Qué pasa si a pesar de la pretensión de imponer medidas coercitivas, la norma no se cumple no solo porque no se quiera, es decir por dejar el cumplimiento en la potestad de quien es el receptor de esta, sino porque “no se pueda” cumplir?

Es aquí donde encontramos la parte más importante de nuestra aportación. En efecto hay normas que no son cumplidas por la simple y llana condición de que NO SE PUEDEN cumplir, y esta imposibilidad incluso de carácter “material” como las ha llegado a reconocer la propia Ley de Amparo mexicana, tiene que ver con todas estas variables a las que nos hemos referido durante el desarrollo de esta humilde opinión, es la económica en aquellas resoluciones donde el Juez Hércules determinó que el sentenciado debía pagar en favor del acreedor cierta cantidad de pesos, pero resulta que este no los tiene y tampoco tiene como garantizarlos, el Derecho se vuelve ineficaz. Es la política en donde los intereses de los grupos cupulares se imponen a los intereses colectivos y se dejan de reconocer ciertas garantías, el Derecho se vuelve ineficaz. Es la cultural en donde las distintas opiniones de los estratos sociales chocan frente a la defensa del derecho a la libre manifestación o la protección a la bandera,

el Derecho se vuelve ineficaz. Es incluso jurídica cuando la propia Suprema Corte en base al desarrollo de los contextos sociales crea jurisprudencias por superación y lo que fue condenable otrora hoy se vuelve legítimo y el Derecho sigue siendo ineficaz.

Lejos estamos de la imposición de la norma por su propia naturaleza, lejos de la postura Kelseniana de dejar de considerar las aportaciones de otras ramas al propio Derecho para su efectividad.

Entonces, ¿existen algunas condicionantes al cumplimiento de la norma? La respuesta ha sido dada de manera amplia. Desde luego que sí, y hemos hecho referencia a algunas de estas durante este texto-

Finalmente, no podemos decir que el Derecho es eficaz, en la medida que este sea tomado a partir de las posturas iuspositivistas; porque desde estos anteojos, el Derecho se convierte en una simple y llana técnica de adecuación de hechos a normas, es A porque es B, cuando en la realidad, social, el contexto, el ánimo, la necesidad, puede generar que A se constituya como A1, a1 o cualquier otro tipo de posibilidad que en el terreno de los hechos va a impedir el cumplimiento tajante de la norma; más aún cuando esa norma si bien es cierto está implantada en un texto, carece del establecimiento de mecanismos que garanticen su debida aplicabilidad y cumplimiento.

### **Bibliografía:**

Aulis, Aarnio. Lo racional como razonable. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España 1991. P 74.

Boffa, Giuseppe. Historia Económica de la Unión Soviética. Ed. Trotta. Madrid, España 1973. P. 430.

Dworkin, Ronald. El Imperio de la Justicia. Ed. Gedisa Editorial. México 2012. P. 140

- Fariñas Dulce, María José. *Sociología del Derecho vs. Análisis Sociológico del Derecho*. Ed. Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho. Alicante, España 1994. P. 1014.
- Ferajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Ed. Trotta. Madrid, España 1995. P. 855
- Hume, David. *Investigación sobre el conocimiento humano*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, España 2015. P. 138
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Porrúa. México 2017. P. 24
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado y del Derecho*. Ed. UNAM, México 2018. P 28.
- Maynez García, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. de C.V., México 2016. P 143.
- Ortiz Ortiz, Serafín. *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ed Porrúa. México 2017. P 33
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Costumbre o Eficacia*. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. de C.V. México 2015. Pp. 24-25.
- Tenorio Tagle, Fernando. *El Delito y El Control del Delito en la Modernidad Avanzada*. Ed. Verlag Madrid, España 2014. P. 37.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona 1997. P 33.
- Zaffaroni, Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Ed. Themis S.A. de C.V. México 1993. P. 4

---

<sup>1</sup> VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona 1997, p.33.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México 2018, p.28.

<sup>3</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

---

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

<sup>4</sup> MAYNEZ GARCÍA, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara S.A. de C.V., México 2016, p.143.

<sup>5</sup> *Op. Cit.* VIEHWEG, Theodor, p.64.

<sup>6</sup> *Idem*, p.135

<sup>7</sup> FARIÑA DULCE, María José, *Sociología del Derecho vs. Análisis Sociológico del Derecho*, Universidad de Alicante, Área de Filosofía del Derecho, Alicante, España 1994, p. 1014.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa Editorial, México 2012, p. 140

<sup>9</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Costumbre o Eficacia*, Distribuciones Fontamara S.A. de C.V, México 2015, pp. 24-25.

<sup>10</sup> AULIS, Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España 1991, p.74.

<sup>11</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, Porrúa, México 2017, p.33

<sup>12</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México 2017 p.24

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Themis S.A. de C.V., México 1993, p. 4

<sup>14</sup> BOFFA, Giuseppe, *Historia Económica de la Unión Soviética*, Trotta. Madrid, España 1973, p. 430.

<sup>15</sup> FERAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta. Madrid, España 1995, p. 855

<sup>16</sup> TENORIO TAGLE, Fernando, *El Delito y El Control del Delito en la Modernidad Avanzada*, Verlag Madrid, España 2014, p. 37.

<sup>17</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Idem*, p. 33

<sup>18</sup> HUME, David. *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza Editorial, Madrid, España 2015, p. 138

<sup>19</sup> COTTERREL, Roger, *The Sociology of law*, xford University Press, Londres, Inglaterra 2012, pp.95-96