

LA “DECADENCIA DEL DERECHO” ¿DE QUE ESTAMOS HABLANDO?¹

Antoine JEAMMAUD²

SUMARIO: I. Crónica de una muerte anunciada; II. Una crítica filosófica; III. El Estado de derecho, ¿debilitamiento o promoción?; IV. El ilusorio “sentido claro” de las reglas jurídicas; V. La dudosa evaluación del desempeño del derecho; VI. La inencontrable desregulación.

La tesis de una decadencia del derecho fue sostenida en Francia, hace ya cerca de medio siglo, por el célebre civilista y comercialista Georges Ripert. Este análisis conoció un auténtico éxito —al que no fue extraño sin duda el excepcional prestigio de su autor— a pesar de la dominación del positivismo vulgar en el pensamiento jurídico francés, poco propicio para la reflexión filosófica sobre el derecho. Las evoluciones del sistema jurídico en el curso de los últimos decenios le han valido, incluso, el ser reactualizado, si es que no resucitado.

Así algunos consideran que el gigantesco *corpus* de leyes y reglamentos que impone su apretada red a la sociedad francesa —o a las formaciones sociales análogas, de los países del “centro” capitalista o de la “periferia”— no merece ya verdaderamente la calificación de “derecho”. Otros han creído poder diagnosticar “el fin del Estado de derecho”.

Estos dos análisis estrechamente emparentados, tienen el sentido de una crítica filosófica de la modernidad jurídica. Abstracción hecha de esta dimensión, ciertamente discutible, es claro que algunas de sus constataciones no carecen de pertinencia. Sin embargo, quisiéramos marcar aquí, frente al atractivo que la moda de nuestro tiempo concede a las proclamaciones de los “fines” de todo tipo (“fin de las ideologías”, “fin de la lucha de clases”, etcétera), las dudas que inspiran estos análisis con poco que se considere seria y atentamente las vías, la complejidad y la variedad de la *regulación jurídica* de nuestras sociedades.

¹ Traducción del francés por Ana María Del Gesso.

² Universidad de Saint-Etienne.

I. CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA

Después de estar dedicado a mostrar cuánto el régimen democrático, favoreciendo la influencia de los grupos organizados y la demagogia, amenazaba al modelo de derecho afirmado en el siglo anterior en torno del Código Civil,³ Ripert constataba la *decadencia* de este modelo, es decir, de un derecho ejemplar si no ideal, enteramente subordinado a la razón y consagrado a hacer reinar el orden, y por consiguiente la justicia.⁴ Instaurando “la esclavitud de las leyes” por su vehemencia en reglamentar todos los aspectos de la vida social y económica, la legislación de nuestro siglo habría, según él, reducido funestamente la libertad de los individuos. Multiplicando las diferencias de estatuto jurídico entre esos individuos, muy cuidadoso de proteger ciertas categorías sociales reputadas débiles (los inquilinos, los asalariados) imponiendo en su provecho relaciones jurídicas desiguales, violaría en muchos respectos la igualdad entre los sujetos de derecho, llegando hasta a crear “derechos de clase”. Demasiado marcado por la compasión hacia los deudores en detrimento del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, comprometería la seguridad por la frecuencia de erráticas modificaciones normativas. En una palabra, un ataque tal de estos valores y principios jurídicos juzgados indispensables “a nuestro estado de civilización” haría dudar de que se estuviera todavía ante un auténtico *derecho*.

Esta tesis es hoy retomada en sus líneas generales por algunos juristas universitarios, a veces talentosos. Es por otra parte refiriéndose a Ripert, pero haciendo suyas también las observaciones desilusionadas de autores más recientes, que Bruno Oppetit ha expuesto no hace mucho las razones que fundarían hoy la *hipótesis de una próxima decadencia de eso que se persiste en llamar “el derecho”*. “Hipótesis” solamente, pues, recordando que la historia no tiene nada de irreversible, el autor afirma conservar la esperanza en una reparación.⁵

³ *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936.

⁴ *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949. Se iba también a publicar en la misma vena *Les forces créatrices du droit*, (1955). Se debe señalar que Ripert había sido en 1940, Secretario de Estado de Instrucción Pública en los principios del gobierno del Mariscal Petain, colaborador con la ocupación nazi.

⁵ “L’hypothèse du déclin du droit”, *Droits*, 4-1986, p. 9. Profesor de derecho comercial y de derecho de comercio internacional en la Universidad de Paris II, B. Oppetit se dedica igualmente a la reflexión de conjunto sobre el sistema jurídico.

Si se resume la demostración de este autor, muy justamente respetado, la decadencia en cuestión tendría tres datos mayores.

En primer lugar, el sistema jurídico francés, que representa, no obstante, el tipo mismo del derecho legislado, sería en verdad *dominado, producido, controlado por una administración* que ha llegado al apogeo de su omnipotencia. Es ella la que se encontraría en el origen de la mayoría de las normas jurídicas adoptadas una tras otra. Pero no se trata sólo de destacar una vez más el "retroceso de la ley parlamentaria" en el régimen constitucional de la V República. En efecto, extrayendo las lecciones de las dos precedentes Repúblicas, la Constitución de 1958 redujo el dominio de la ley propiamente dicha (la debatida y votada por el Parlamento), atribuyendo al gobierno un poder propio de edictar reglas por decreto y la facultad de hacerse temporalmente delegar por las asambleas una parte de sus competencias con el fin de "legislar" por vía de ordenanzas. Es notorio, sin embargo, que son las administraciones las que están detrás de la iniciativa de la mayor parte de las leyes sometidas a las asambleas elegidas y que producen, no solamente decretos y otros reglamentos administrativos, sino también circulares y respuestas ministeriales, recomendaciones, instrucciones de organismos múltiples, etcétera, "que, bajo el color de interpretación o de explicitación de las normas, en realidad crean reglas que se imponen, de hecho, al ciudadano o al juez".

En segundo lugar, este avance burocrático sería a la vez una consecuencia y un factor de la *instrumentalización* del derecho. Este, en efecto, ya no sería concebido en lo sucesivo como un factor de orden y de justicia (por ejemplo la consagración de un "orden espontáneo"), sino como un instrumento de *social engineering*. Se trataría una cosa totalmente distinta que del banal intervencionismo económico y social ejerciéndose a través de una legislación oficialmente destinada a "proteger a los débiles contra los fuertes". El constante aumento del volumen de textos normativos y su situación de permanente reforma, serían las más visibles consecuencias de esta instrumentalización. Engendrada por la "dilución de los centros de iniciativas legislativa o reglamentarias" y por el hecho de que la elaboración de textos nuevos persigue objetivos puramente coyunturales, "la proliferación incontrolada de reglas de derecho" entrañaría "una degeneración del arte legislativo". Se tendría por prueba de ello "el retroceso, constante desde hace medio siglo, de los caracteres de permanencia y de generalidad de la ley", hoy degradada en instrumento de una política en vez de ser "la expresión de la regla de derecho". Esta rarefacción de las normas verdaderamente generales y consideradas como permanentes en el momento de su adopción, sería tanto el efecto desastroso de una multiplicación

de textos puntuales, como del desarrollo de un derecho negociado entre el Estado y los grupos sociales, o entre grupos de interés bajo la égida del poder público (la negociación colectiva de la reglas del trabajo asalariado entre patronos y sindicatos facilita la mejor ilustración de ello). La pérdida de precisión de los textos —por consiguiente la alteración de la previsibilidad de las situaciones jurídicas y de la calculabilidad de las acciones respecto de sus parámetros jurídicos— sería imputable al uso cada vez más frecuente de las “nociones-marco” o “laxas” (“el interés general”, “el interés del niño”, “el interés del empleo”, etcétera). Estas últimas tienen como efecto práctico ubicar los derechos de los individuos bajo la dependencia de decisiones puntuales de autoridades administrativas o judiciales. Igualmente comprometida por la floración de textos de circunstancias o de conveniencias (como programas políticos y necesidades electorales), la racionalidad global del sistema jurídico se encontraría debilitada al punto que se podría dudar de su carácter mismo de “sistema”.

En tercer lugar, la extensión de la omnipotencia de la administración —ahora que todo el mundo rechaza oficialmente el “todo-Estado” y que son afirmadas con insistencia las virtudes y exigencias del Estado de derecho —*autorizaría a dudar de la sumisión efectiva de la acción administrativa al principio de legalidad*, e incluso de la eficacia del control jurisdiccional que todo interesado puede solicitar de parte de los tribunales. Se ve apuntar aquí, con temor, una recurrente acusación: se puede siempre tener miedo de que el juez administrativo sea menos “el juez de la administración” que “la administración que se juzga a sí misma” y que se juzga por consiguiente con una extrema indulgencia.⁶

En este punto, la demostración de una decadencia del derecho, que es en sí misma una versión dramatizante de la banal denuncia de “la inflación legislativa”, recupera por su cuenta favor *el diagnóstico de un fin del Estado de derecho*.⁷ En efecto, ésta revela, en la loable voluntad de someter un número creciente de relaciones sociales y de aspectos de la vida de las sociedades contemporáneas al derecho —por consiguiente a un derecho siempre más

⁶ En Francia, las jurisdicciones administrativas, distintas de la jurisdicciones ordinarias (judiciales) están especialmente instituidas (tribunales administrativos en la base, Consejo de Estado en la cima) para resolver sobre los recursos contra los actos de las autoridades administrativas o declarar su responsabilidad.

⁷ Ver particularmente, Henry, J.P., “Vers la fin de l’Etat de droit?”, *Revue du droit public*, 1977, p. 1207.

diversificado, complejo, cambiante— el gérmen de una definitiva *desvalorización de la regla de derecho*. Esta desvalorización resultaría de la ignorancia de las reglas por los interesados, del trabajo de zapa que producen las violaciones que no pueden dar lugar a "sanción", es decir, de su amplia *inefectividad*, y por consecuencia de su *ineficacia*. La realidad del derecho (francés) sería, entonces, todo lo contrario de este reino de la ley —en primer lugar de la sumisión de los poderes públicos a sus normas— en virtud del cual se definió el *Rechtsstaat*.

Bien que la denuncia de la decadencia del derecho aparece también como componente de un *discurso de la crisis del derecho y de la justicia*. Si se intenta, en efecto, reconstituir este discurso a partir del florilugio de escritos y de declaraciones hoy en día muy difundidas en Francia, esta crisis se manifestaría por tres síntomas: Primero, el derecho estatal sufriría de gigantismo y de inestabilidad, pero también y a pesar de esto de innumerables "lagunas". Habría lo mismo caracteres antinómicos con las exigencias de un conocimiento suficiente de las reglas por los interesados, seguridad de situaciones y relaciones jurídicas, y previsibilidad de los resultados que estas normas ligan a las acciones. Segundo, y por vía de consecuencia, las reglas jurídicas de edición reciente estarían, más que las del pasado, sujetas a contestación, puesto que su frecuente y ostensible instrumentalización las expone a un juicio de legitimidad complejo pero temible, cuyos criterios decisivos son menos la validez formal o la conformidad con los valores que la efectividad (es en principio necesario que sean perfectamente respetadas las normas que sirven al "pilotaje" de la sociedad) y la eficacia, es decir el grado de obtención de los resultados económicos, sociales y societales oficialmente considerados en su edición. Tercero, el aparato de la justicia atravesaría una crisis excepcional: obstrucción catastrófica de las jurisdicciones, alargamiento de la duración reglamentaria de los pleitos, uso excesivo de las vías de recursos (en ello se quiere ver el signo de una mala calidad de la justicia impartida por los tribunales inferiores), irritante insuficiencia de los medios presupuestales, y *last but not least* pérdida de prestigio o hasta de crédito de los jueces en "la opinión pública". Algunos quieren ver en esto lo que ellos creen ser y llaman "el desarrollo de las prácticas alternativas

al reglamento judicial de los conflictos” mediación, (el arbitraje), un índice suplementario de las carencias de esta justicia “formal”, oficial.⁸

II. UNA CRÍTICA FILOSÓFICA

No hay duda de que bajo la constatación de una degeneración tecnológica del derecho, se deplora el cambio en la idea socialmente admitida de “derecho”.⁹

Se denuncia, en efecto, una suerte de instrumentalismo radical de la producción de actos jurídicos normadores, que se comprueba a veces difícil de ligar con finalidades societales claras.

Solo los objetivos particulares y contingentes son rigurosamente percibidos —observa B. Oppetit—, aunque muchas veces sólo se busque, como un fin suficiente en sí mismo, el cambio por el cambio; y no se podría considerar como motor del sistema, tan grande es su ambigüedad filosófica, la doctrina de los derechos del hombre, que no se confunde en resumen con el individualismo jurídico. Esta fluctuación del sistema jurídico es el rescate del sociologismo, que conduce ineluctablemente a la negación de toda transcendencia: este agnosticismo ha sido y queda patente, muy particularmente en el momento de la elaboración de las grandes reformas que interesan los principios de organización de la sociedad civil,

⁸ Las creencias corrientes acerca del aparato judicial, y un buen número de proposiciones para remediar su crisis, ignoran soberbiamente, por una parte lo que es y hace precisamente este aparato; por otra, el lugar ya asignado o reconocido por el derecho estatal mismo a las pretendidas “modas alternativas de reglamento de litigios”. Enfrentado a este auténtico *delirio*, que alimentan variadas ideologías y en el que participan actores muy diferentes (políticos, “comerciantes de mediación”, responsables ministeriales y, a veces hasta magistrados y otros juristas de profesión deseosos de hacerse “bien ver” siguiendo la moda), trabajos atentos al conocimiento exacto de la configuración de los aparatos jurisdiccionales, de sus actividades, y más generalmente de los dispositivos muy variados que procuran o imponen marcos y procedimientos para el tratamiento de los conflictos y el reglamento de los diferendos. Parece significativo que estas investigaciones, de las cuales Evelyn Serverin (investigadora del CNRS, subdirectora del CERCRID) es la iniciadora, y el CERCRID el lugar principal en colaboración con los expertos en estadísticas del Ministerio de Justicia, hayan sido concebidos y emprendidos en las secuelas de la corriente de *Critique du droit*. Esto ilustra la lógica y fecunda evolución de las preocupaciones, campos de investigación y prácticas (¿Cuál es el *modus operandi* de la regulación jurídica? ¿De qué se trata? ¿Qué se puede conocer?) de lo que hoy subsiste de esta corriente (cf. nuestro estudio: “La crítica del derecho en Francia”, *Crítica Jurídica*, Puebla, 1986, núm. 4, p. 73).

⁹ Rials, S., “Ouverture: Quelles crises? Quel droit?”, *Droits*, 1986, núm. 4, p. 3.

donde las opciones de base han sido generalmente esquivadas o dejadas abiertas como consecuencia del desinterés moral del legislador o de su inspirador.

El autor, también, toma conciencia de una *transformación de la concepción occidental del derecho*, y por consiguiente de una pérdida correlativa de autonomía de este último en razón de su estrecha sumisión a la búsqueda de resultados sociales y económicos a corto plazo. Esta concepción del derecho, de la cual se alejaría con disgusto nuestra época, “tiende a reunir bajo la idea de *justicia* principios tomados de la moral y de la equidad, y de los cuidados a la utilidad social y la eficacia material”, dependiendo la autonomía del derecho de “un equilibrio entre estos dos órdenes de consideraciones” al mismo tiempo que de “un pluralismo de los poderes y de las fuentes”. Esta autonomía de la regulación jurídica sería en lo sucesivo amenazada por “el cientifismo, quien, en nombre del conocimiento de las leyes de evolución de las sociedades humanas, privilegia las preocupaciones de interés colectivo y de progreso social y reduce el derecho a no ser más que un simple vector de ingeniería social o económica.”¹⁰

Tal interpretación se inscribe en un movimiento más amplio de *constestación liberal de la “legislación”* que destruiría las sociedades desarrolladas. Participa evidentemente de este movimiento la afirmación, de F. Hayek¹¹ y sus epígonos, de la antinomia de las legislaciones contemporáneas con la noción verdadera de “derecho”, y la denuncia de sus pretensiones “antieconómicas” de gobernar todo bajo pretexto de perseguir una ilusoria justicia social. Se inscribe en la misma corriente la crítica de la confusión actual del derecho (*jus*) y de las leyes (*lex*) emanadas del Estado-providencia, con la afirmación correlativa, en una tradición aristotélica y tomista, de un posible conocimiento de la justicia y de los valores, por consiguiente de una “realidad del derecho” superior a las aleatorias voluntades de los dadores de normas.¹²

La creencia en una “naturaleza de las cosas” conduce a quienes la sustentan a juzgar las reglas en vigor en nombre de una verdad del derecho, exterior y superior a las producciones legal-reglamentarias o jurisprudenciales. Así sirve ella de matriz a un *diagnóstico filosófico* de desnaturalización o decadencia del derecho. Se encuentran de todas maneras ciertos análisis que apuntalan seme-

¹⁰ *op. cit.*, p. 20.

¹¹ *Droit, législation et liberté*, 3 vol., París, PUF, 1980-1983.

¹² V. por ejemplo Ch. Atias, “Une crise de légitimité seconde”, *Droits*, 4/1986, p. 21.

jante veredicto en *críticas de izquierda* de las modalidades contemporáneas de la regulación jurídica; se trata para ellas de mostrar los beneficios que las autoridades públicas obtienen (por la legitimidad de sus acciones), de un principio de legalidad que se considera los constriñe, o de subrayar una alteración significativa del modelo jurídico burgués.¹³ Por otra parte, todo el mundo está de acuerdo acerca de los perjuicios de la “chapucería” de textos demasiado frecuentemente rectificadas.

Parecidas convergencias no son suficientes, sin embargo, para acreditar la tesis de una decadencia del derecho. No hay duda de que los cambios decisivos han afectado tanto su tecnología como su contenido además de sus funciones sociales (¿no es acaso desde la Revolución de 1789 una palanca de cambio social, si no instrumento de pilotaje a corto plazo?). No obstante, la experiencia enseña que las interpretaciones en términos de mutación o de innovación “histórica” en el campo del derecho pecan frecuentemente de precipitación o excesiva generalidad del intento. Ciertas consideraciones que apoyan el anuncio del fin del (“verdadero”) derecho o del Estado de derecho inspiran con razón serias dudas. Al menos, los hechos invocados y su interpretación son menos evidentes de lo que parece.

III. EL ESTADO DE DERECHO, ¿DEBILITAMIENTO O PROMOCIÓN?

Parece paradójal sostener que las exigencias del *Rechtsstaat* sufran un constante retroceso, siendo que la década pasada ha estado marcada, en Francia, por diversas innovaciones legislativas que tienden ostensiblemente a reforzar la sujeción de poderes a las reglas de derecho limitando su acción o creando contrapesos. En efecto, el movimiento legislativo ha tenido en la mira a los detentores de los poderes públicos, pero igualmente a un poder privado como el poder patronal ejercido sobre los trabajadores, ya que las reformas del derecho del trabajo de los años 1982-1985 han tendido a aproximar la estructura

¹³ D. Loschak, “Le principe de legalité. Mythes et mystifications”, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1978, p. 387; CERCRIID, “Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit”, *Procès*, 9/1982, p. 5.

jurídica de las relaciones dentro de la empresa al modelo del Estado de derecho.¹⁴

En resumen, la relativa pero indiscutible reducción del campo de la discrecionalidad resulta, en gran medida y en textos constantes, de una muy frecuente movilización de instrumentos como el Preámbulo de la Constitución o la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Incluso si ella debe mucho a los cálculos políticos, la "constitucionalización" de los debates políticos —la invocación de normas constitucionales en ocasión de la discusión de una ley— es notoria. Yendo algunas veces a la sesión del Consejo constitucional con los parlamentarios minoritarios en el momento del voto del texto, ella traduce ciertamente la consistencia adquirida por el principio de constitucionalidad respecto del poder legislativo. Las normas de valor constitucional, las convenciones internacionales garantes de derechos fundamentales, las normas del derecho de las comunidades europeas que imponen la igualdad de tratamiento entre naciones y dependientes comunitarios o entre mujeres y hombres, tienen además vocación de imponer límites a los actos y prácticas jurídicas de todo orden, tanto estatales (actos administrativos, normas del derecho criminal, etcétera) como privadas (un reglamento interior de empresa, un licenciamiento, una sanción disciplinaria contra un asalariado). Excelsos espíritus contestan, es verdad, que esta afirmación de las normas superiores, que permiten censurar las leyes votadas por los elegidos, sea un progreso, y ven más bien en el desarrollo del control ejercido por el Consejo Constitucional una forma de relajamiento de "la Ley" (en el sentido rousseauiano) ante "las leyes", es decir ante las interpretaciones de los textos reducidos o dispersos que envían los "nuevos sabios" componentes del Consejo constitucional.

Se objetará, en todo caso, que este enmarcamiento impuesto a los poderes más diversos, a la manera de principio de legalidad que se impone a los actos de la administración, limita o atempera moderadamente *de hecho*, sus iniciativas o decisiones. Está permitido, incluso, sostener —y a veces es posible de demostrar— que procura más bien un suplemento de legitimidad a sus actos,

¹⁴ Jeammaud, A., "La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del Estado de Derecho", *Crítica Jurídica*, 8/1988, p. 25; Jeammaud A. et Lyon-Caen A., *Francia, en Derecho del Trabajo, democracia y crisis en Europa Occidental y América*, Madrid, publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 55.

desde que ellos son reputados o verificados conforme con estos cánones prestigiosos.¹⁵

Pero, ¿no es ante todo porque el derecho acaso no procede más que excepcionalmente, (a través de las sanciones penales mayores) por vía de constreñimiento psíquico, material? Para lo esencial y “en lo cotidiano”, crea relaciones entre intereses, garantías de poderes o esferas de autonomía, fija marcos, ofrece recursos para las operaciones de los actores. Sus normas funcionan primero como referencias que pertenecen a los sujetos, tanto como a los agentes públicos especialmente encargados de su aplicación, de su puesta en marcha, de movilizar en función de sus intereses o de sus apreciaciones de la oportunidad. Ellas *no hacen nada de ellas mismas* —no son *self starting*— incluso las que presentan la más imperiosa vocación de ser respetadas y no pueden entonces ser el objeto de arreglos contractuales válidos entre los protagonistas (reglas de la circulación en carretera, de la seguridad de productos, instalaciones y equipos, etcétera)

Si la *efectividad* perfecta del derecho se muestra tan utópica como la obscuridad misma del concepto (*infra*), la denuncia común de su excesiva inefectividad y de la correlativa falta de relieve del Estado de derecho imputa estas carencias a la inaccesibilidad creciente de las reglas y a la demasiado frecuente incertidumbre de su sentido. Pero, esta última crítica no es evidente más que en apariencia.

IV. EL ILUSORIO “SENTIDO CLARO” DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Si tuvieran la intención, los ciudadanos experimentarían por cierto una dificultad creciente para conocer los textos cada vez más numerosos y a menudo modificados. La información y el desarrollo de los recursos de información (asociaciones, sindicatos, etcétera) no impiden que se esté lejos del sueño revolucionario de que “las leyes están grabadas en el corazón de cada uno”. Convendría además no equivocarse sobre esto que vuelve deseable un suficiente conocimiento de las normas jurídicas en vigor. No se trata de una necesidad lógica ligada a su naturaleza de “reglas de conducta” —puesto que no tienen en realidad este estatuto—¹⁶ sino de una exigencia de equidad o de

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Al contrario de una idea recibida, nosotros creemos que las normas jurídicas no son fundamentalmente prescripciones de conducta (cf. nuestro estudio “La règle de droit comme modèle”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, núm. 25, p. 125).

eficiencia, de todas maneras relativa. No se puede, desde luego, afirmar sin matiz que la amplia ignorancia de las reglas constituye una patología de la regulación jurídica.

El sentido incierto de innumerables reglas *ya no es una anomalía*, que resultaría necesariamente de la mala confección de los textos. Todo enunciado normativo, parecería en principio perfectamente claro, presenta lo que H.L.A. Hart llama una "*textura abierta*", y su significación padece siempre de una virtual incertidumbre. Esto no depende de la redacción de los textos, a veces mediocre, claro, sino de su función de mediación entre los intereses y de su vocación de adquirir sentido y a producir sus consecuencias en los casos concretos discutidos en los lugares señalados a esos efectos (los tribunales). Desde luego, el choque de intereses engendra o cataliza estas legítimas "luchas alrededor del sentido de las reglas", que se desarrollan a veces en los pretorios e inspiran, si llega el caso, las estrategias de formación de una jurisprudencia. La experiencia atestigua que el contenido reconocido de una disposición con valor de derecho positivo puede variar: durante un tiempo o mucho tiempo "claro", por falta de interés en discutirlo, ese sentido se revelará materia de discusión en una circunstancia donde su interpretación se constituirá en la apuesta de un conflicto de intereses o de una innovación técnica. Los ejemplos abundan. No hay allí otra cosa que algo muy banal, puesto que el derecho pretende ordenar relaciones sociales *cuya trama es la confrontación de intereses*.

La gran cantidad de normas constitucionales o internacionales que se oponen llegado el caso a las reglas nacionales, a menudo complejas o matizadas en su redacción, o cuyo contenido llama a controversia, es en adelante una fuente no despreciable de la "laxitud" del derecho.¹⁷ Lo cual, sin embargo, prestigia la vitalidad del Estado de derecho.

V. LA DUDOSA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL DERECHO

La decadencia del derecho dependería también de la insuficiente efectividad de las reglas —incluyendo el desinterés de las autoridades por su aplica-

¹⁷ Delmas-Marty, M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

ción—¹⁸ y de la incierta eficacia de las disposiciones concebidas para obtener los resultados económicos, sociales o societales frecuentemente proclamados hoy, en los textos legislativos. Bien, ¿pero, de qué se trata?¹⁹

En un primer sentido, *la efectividad* de una norma sería la conformidad de las situaciones a las que está destinada con el modelo que ella propone; en un segundo caso, sería un cierto grado de conformidad. Se trata desde luego de medir “la diferencia” entre normas y prácticas. Sin embargo, este concepto de efectividad pierde su evidencia si uno se fija en que las reglas del derecho son rara vez simples prescripciones o prohibiciones de comportamientos, y que muchas de ellas consagran una libertad, un poder o un derecho, es decir, habilitan a hacer o no hacer alguna cosa; por consiguiente sólo equívocos pueden resultar, desde el punto de vista de la “medida” de su respeto, en el caso de todas las situaciones en las cuales los interesados no producen un acto que podrían o no producir. Su opacidad se acrecienta desde que se observa, por una parte, que toda regla jurídica se combina necesariamente, en su juego concreto, con otras normas, substanciales o de procedimiento; y por otra parte, que no produce nada en el orden de los hechos si no está “movilizada” por los actores que tienen interés en ello. ¿Se puede uno contentar calificando de “inefectiva” una regla que los interesados no juzgan oportuno poner en práctica? De la misma manera, se puede pretender “inefectiva” la norma a cuyo beneficio uno de los protagonistas renuncia por una convención lícita —tal como la transacción prevista por el Código Civil, hoy muy practicada— y generadora de arreglos que no podrían ser más “jurídicos”?

La eficacia de una regla o de un conjunto de disposiciones jurídicas se entiende, por lo que hace a ella, como la obtención del resultado buscado por sus autores (disminución de la delincuencia, mejoramiento de la situación del empleo o del ambiente, las circunstancias, disminución del endeudamiento de particulares, aceleración de los procesos judiciales, etcétera). Podrá a veces también residir en su contribución verificada a “la eficacia económica”. Es

¹⁸ Se denuncia además las “leyes coartada” en las que su adopción está destinada sólo a hacer ver que un problema ha sido tratado. Pero la denuncia de esta “legislación espectáculo”, participante del Estado-espectáculo, supondría un análisis extremadamente cuidadoso, atento a los efectos objetivos, prácticos, de acceso de las nuevas disposiciones a la validez (CERCRID, *Consécration et usage de droits nouveaux*, Universidad de Saint-Etienne, 1987), tanto como a la dimensión de política pública de su edición.

¹⁹ Jeammaud, A., “En torno al problema de la efectividad del derecho”, en *Crítica Jurídica*, Puebla, 1984, núm. 1, p. 125.

decir que su apreciación supone la identificación previa del o de los resultados perseguidos por su edicción. Pero, fuera de los casos que ilustran el más alto punto de la instrumentalización de la producción normativa estatal, la intención de este personaje de ficción que la retórica jurídica llama "legislador" es rara vez clara o unívoca a este respecto.

Se percibe, por lo tanto, cuánto se corre el riesgo de que sea aproximativa la evaluación de las leyes, cuyos resultados podrían validar o invalidar la tesis de la decadencia del derecho. La útil apreciación del funcionamiento práctico de las reglas jurídicas pasa con seguridad por otras vías: las de una descripción de los marcos de acción que ellas instituyen, de no tomar en cuenta la variedad de usos que son o pueden ser objeto, de investigaciones sobre su puesta en práctica (*implementation*), que constituye "el derecho en acción".²⁰ No se trata de evitar juicios de valor y confrontaciones ideológicas en nombre de no se sabe qué sociologismo, sino de apoyarlos y hacerlos reposar sobre un saber que satisfaga algunas exigencias de rigor.

VI. LA INENCONTRABLE DESREGULACIÓN

El discurso de la decadencia del derecho apela, implícitamente al menos, a una reparación. Si el mal principal es la profusión normativa, el remedio parece situarse en la famosa "desregulación". Sobrecargado de significaciones,²¹ el término no podría designar otra cosa que *el aligeramiento notable del bloque de reglas que emanan del Estado*, la limitación de los dominios que ellas comprenden, su más franca generalidad y su menor penetración en el detalle de las relaciones o actividades sociales. ¿Cómo romper, sin embargo, con el estado actual del orden jurídico? Este problema de transición parece *político tanto como técnico*.

Es de dominios enteros de una reglamentación puntillosa, de los que hoy casi no se propone su abrogación: aquellos que pretenden reducir los peligros físicos del progreso técnico (policía de la circulación, "normalización" de los productos, de la producción nuclear, etcétera). Sobre todo la caída de disposi-

²⁰ Lascoumes, P., et Serverin, E., "Theories et pratiques de l'effectivité du droit", *Droit et société*, 1986, núm. 2, p. 10; CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, París, PUF, 1989; Lascoumes, P., "Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques", *L'anné sociologique*, 1990, p. 43.

²¹ Chevalier, J., "Les enjeux de la déréglementation", *Revue du droit public*, 1987, p. 283.

ciones estatales de ciertos dominios altamente sensibles supondría a la vez un extraordinario consenso y una preferencia mayor por el riesgo económico, en la medida en que el estado actual del derecho participa de las condiciones del mercado y de la competencia. El aflojamiento de las coerciones impuestas por una profusa legislación-reglamentación corre el riesgo por lo tanto de pasar por la producción de reglas suplementarias que conceden excepciones y facultades de derogación. Testigos de ello son los sucesivos retoques del régimen de protección de los consumidores y de la publicidad.²²

Significativo parece a este respecto el ejemplo del derecho del trabajo no hace mucho tomado como objetivo para lograr la reinvidicación patronal de una “flexibilización” de las condiciones de uso de la fuerza de trabajo. No solamente nadie ha propuesto seriamente “quemar el código del trabajo”, sino que este densísimo documento ha tomado un poco más de fuerza durante el período del retorno al poder (1986-1988) de partidos de derecha, oficialmente adquirida por espectaculares revisiones y enmiendas de las reformas del período 1981-1983. En efecto, ofrecer facultades nuevas a los empleadores, o bien abrir a la negociación dominios anteriormente protegidos por normas inderogables (a menos que fueran en favor de los asalariados) pero sin suprimir estas reglas, requiere textos suplementarios. Lo mismo vale si se trata de estimular la concertación con los representantes del personal, equipar la negociación colectiva a fin de favorecer su prosperidad, todo en salvaguardia del poder patronal. O incluso producir —sin destruir el régimen del contrato por tiempo indeterminado, ni tocar la seguridad social o sus recursos— formas de contratación atractivas para empleadores que se reputan así asociados a la lucha contra el crecimiento del desempleo. ¡El movimiento compensatorio de “re-reglamentación” es ineluctable!²³

La denuncia de una decadencia del derecho ¿no sería, al fin de cuentas, un ejercicio para filósofos? Se corre el fuerte riesgo de que así sea, pues “el mercado dicta su ley”: la realización del Mercado Común Europeo, luego su transformación en “mercado interior”, la espera del advenimiento de la Unión

²² ¿Cómo introducir, en 1992, la “publicidad comparativa” sin anular las reglas especiales anteriores y sin remitirla a la regla general de responsabilidad por incumplimiento del Código Civil, cuyo efecto protector supone la práctica de un proceso o de una fuerte amenaza de proceso, y alienta, pues, objetivamente lo contencioso?

²³ Jeammaud, A., “El derecho del trabajo en 1988: un cambio de orientación más que una crisis”, *Temas Laborales*, Sevilla, Junta de Andalucía, 14/1989, p. 28.

Europea, engendran una profusión de normas comunitarias, más formidable que cualquier otra.²⁴

En el plano de la teoría o de la sociología del derecho, el examen crítico de la tesis de la decadencia del derecho en un país como Francia nos parece confirmar que *es necesario desconfiar de las evidencias y de las ideas simples*. La tesis de una decadencia contemporánea de la regulación jurídica estatal —entendida sobre todo como una degeneración, una degradación— puede valer *en tanto hipótesis de trabajo*, apta para provocar, y por consiguiente para fomentar su examen, para interrogarse acerca del sentido y la pertinencia de las nociones o comprobaciones que parecen apuntalarla. A nuestro parecer, la conclusión más certera de un examen así es que la *complejidad de su relación con la sociedad y con la acción* permanece como el carácter dominante del derecho de nuestro tiempo. Ello nos convence de que la comprensión de su manera de jugar o de "ser jugado" en las relaciones sociales necesita decididamente de mucha paciencia, de programas modestos de investigación, de un gran rigor conceptual. Es decir, la renuncia al éxito vano que parece asegurar, en este "tianguis de ideas" que pasa frecuentemente por ser un foro científico, la liviana constatación de algún cambio "histórico".

²⁴ Oppetit, B., "L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême", *Recueil Dalloz-Sirey* 1990, Chronique p. 73 (más de 20.000 directivas y reglamentos están en vigor en la CEE, a los cuales se agregan las disposiciones de los tratados).