

SOBRE LA TEORÍA DEL DERECHO EN PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA EN HOMENAJE A MANUEL CALVO GARCÍA

Ignacio Aymerich Ojea¹

ORCID: [0000-0001-7818-4872](https://orcid.org/0000-0001-7818-4872)

Correo electrónico: ignacio.aymerich@uji.es

Resumen

Este artículo trata de rendir homenaje al Profesor Manuel Calvo sobre la base de la exégesis de dos trabajos suyos donde reivindica una reorientación sociojurídica de la teoría del derecho y de otro trabajo donde analiza el análisis de impacto regulatorio. Se revisan las limitaciones de la teoría del derecho dominante, de corte analítico, las propuestas de superación que ofrece Calvo y se examinan los nuevos desarrollos normativos sobre mejora regulatoria como una ocasión para el desarrollo de la sociología jurídica contemporánea.

Palabras clave: teoría del derecho, sociología jurídica, análisis de impacto regulatorio.

SOBRE A TEORIA DO DIREITO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SÓCIO- JURÍDICA

Resumo

Este artigo tenta homenagear o Prof. Manuel Calvo na base de uma exegese de duas das suas obras onde reivindica uma reorientação sócio-jurídica da teoria do direito e outra onde analisa a análise do impacto regulatório. As limitações da teoria do direito dominante, de natureza analítica, as propostas de aperfeiçoamento oferecidas por Calvo são revistas e os novos desenvolvimentos normativos sobre o aperfeiçoamento regulatório são examinados como uma ocasião para o desenvolvimento da sociologia jurídica contemporânea.

Palavras chave: teoria do direito, sociologia jurídica, análise de impacto regulatório.

¹ Doctor en Filosofía. Doctor en Derecho. Profesor titular de Filosofía del derecho, Universitat Jaume I. España.

ON THE THEORY OF LAW FROM A SOCIO-LEGAL POINT OF VIEW

Abstract

This article tries to pay tribute to Prof. Manuel Calvo based on the exegesis of two of his works where he claims a socio-legal reorientation of the theory of law and another work where he analyzes the regulatory impact analysis. The limitations of the theory of dominant law, of an analytical nature, the proposals for improvement offered by Calvo are reviewed and the new normative developments on regulatory improvement are examined as an occasion for the development of contemporary legal sociology

Key words: theory of law, legal sociology, regulatory impact assessment.

1. Planteamiento: homenaje a Calvo dando continuidad a su obra

El consejo editorial de la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica* ha tenido el acierto de dedicar este tercer número a la memoria de nuestro querido compañero Manuel Calvo, que hace ya poco más de un año que nos dejó. Después de haber tenido la ocasión de colaborar con una persona de la valía humana y académica de Manolo a lo largo de tantos años no me perdonaría dejar pasar la oportunidad de rendirle un homenaje del que tengo la sensación de que, por mucho que nos esforcemos, vamos a quedarnos cortos. Me vienen a la memoria muchos momentos compartidos de tipo personal pero en un homenaje académico como este lo propio es que me centre en su obra porque el mejor tributo que podríamos ofrecerle es que algunas de las líneas de trabajo en las que se esforzó a lo largo de su desempeño académico puedan tener continuidad. Y, como intentaré mostrar, una de estas líneas puede potenciar las investigaciones en el campo de la sociología del derecho de forma significativa.

De entre las muchas aportaciones que Calvo ha hecho a la sociología jurídica hay dos referencias sobre las que quiero detenerme y en las que plantea la posibilidad de una teoría socio-jurídica del derecho. La primera es *¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la*

teoría del derecho? (Calvo García, 2010), y la segunda, *Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho* (Calvo García, 2014). Aunque parezca desconectada de estas dos aportaciones, hay una tercera que considero muy relevante en esta misma línea, como trataré de mostrar al final. Se trata de *Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto*. En las líneas que siguen voy a intentar mostrar, al hilo de los argumentos de Calvo, no sólo que merece la pena continuar profundizando en la perspectiva sociológica de la teoría del derecho sino que una de las razones que muestran la insuficiencia del paradigma tradicional de la teoría del derecho y que hacen necesaria su apertura hacia un planteamiento socio-jurídico es, como apuntaba más arriba, una vía prometedora para el desarrollo de la sociología del derecho contemporánea: las evaluaciones de impacto regulatorio.

2. Antecedentes: la reivindicada conexión entre teoría del derecho y sociología jurídica

La teoría general del derecho surge históricamente para dar respuesta a la necesidad de puntos de vista generales, científicos, objetivos, desde los cuales abordar el conocimiento del derecho con independencia del particular ordenamiento jurídico del que podamos estar hablando. Ni es el lugar ni hay cabida en este trabajo para hacer una reconstrucción histórica completa del proceso de génesis de la teoría del derecho pero valgan unas líneas generales. Los juristas se han formado durante largos períodos aprendiendo al observar el ejercicio profesional de algún maestro. Así ocurrió con Cicerón, que aprendió de Quintus Mucius Escévola y con tantos otros discípulos de jurisconsultos en Roma. Responde al mismo modelo con que se organizaba la formación gremial medieval: el aprendiz entra en el taller de algún maestro que le enseña mientras trabaja, hasta que asciende a oficial y, finalmente, a maestro.

Esta educación es puramente práctica: se enseña mientras se hace. Según la distinción aristotélica, esta formación jurídica presupone que el derecho no es una ciencia sino una técnica (saber hacer cosas). Muchas universidades medievales europeas que ofrecían estudios jurídicos impartían, en lo fundamental, derecho romano y derecho canónico. Para la litigiosidad del día a día estaban las normas jurídicas locales pero nadie

imaginaba que estas pudiesen ser objeto de estudio académico porque, en su casuística, resultaba imposible abordarlos desde puntos de vista generales como los que exige la ciencia, algo que sí se consideraba posible en relación al derecho romano y al canónico. En Inglaterra no había apenas estudios universitarios de derecho porque el *common law* no tenía conexión con el derecho romano que aún mantenían los sistemas jurídicos continentales. Con el tiempo comenzó a debatirse el modelo de formación de los juristas, planteado entre dos extremos: la capacitación profesional o su tratamiento como disciplina académica (lo que presupone su reorientación hacia un tratamiento científico).

Aún hoy en Estados Unidos se da el primer modelo: las *Law schools* de las universidades ofrecen posgrados con orientación puramente profesional, aplicada, para lo que no se requiere un grado en derecho previo. En Inglaterra, la formación que tenía lugar en las *Inns of court* o en el sistema gremial posterior, ya en crisis abierta a finales del XVII, fue sometido a crítica durante los siglos XVIII y XIX y es en ese momento donde interviene Austin a favor de la formación académica con su escrito *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* (1951).

En opinión de Austin (1951), el derecho debe estudiarse como una ciencia (lo que justifica la formación jurídica académica) porque además del conocimiento de las normas particulares vigentes en un territorio y momento concretos (jurisprudencia particular) existe una estructura permanente de todo derecho posible, compuesta por conceptos fundamentales presentes en todos los ordenamientos, y en ese sentido el derecho sí es abordable desde los puntos de vista de validez universal que caracterizan a la ciencia. Esta exigencia de científicidad está pues en el origen de la teoría del derecho y así lo expondrá también Kelsen siete décadas después en su *Teoría pura del derecho* (2009).

Siendo históricamente precisos, la formación de teoría siempre ha formado parte de la vida del derecho y no puede, por tanto, limitarse a las particulares condiciones que confluyen en los siglos XIX y XX. Como expone Luhmann, “la demanda de teoría ha surgido, por una parte, de la docencia del derecho y, por otra parte de manera preponderante, de la praxis misma” (Luhmann, 2005: 61). La praxis a la que se refiere

Luhmann es la administración de justicia donde una fundamentación consistente de las decisiones de los jueces lleva a la necesidad de formalizar, conceptualizar y dar carácter general a la experiencia proveniente de la resolución de casos. En el caso de la formación de los juristas, la docencia requiere sistematizar el objeto del aprendizaje y este esfuerzo conduce también habitualmente a la generación de teorías en forma de elaboración conceptual de todo el aparato normativo y su presentación ordenada. Pero ninguna de estas dos necesidades explicaría la aparición de la teoría del derecho en los tiempos de Austin. Ese nuevo desarrollo obedece más bien a la influencia de las exigencias de cientificidad que trajo consigo la Ilustración y al auge de las doctrinas positivistas.

Varios autores han señalado esa raíz doctrinal de la teoría del derecho, Calvo entre ellos:

(...) parece más correcto colegir que la perspectiva doctrinal sería una exigencia de los planteamientos “cientificistas” y formalistas que han predominado en las ciencias jurídicas y en la Teoría positivista del derecho. En cualquier caso, las limitaciones que impone este punto de partida determinan que se pierdan de vista aspectos importantes para la comprensión de los fenómenos jurídicos (Calvo García, 2014: 53).

Efectivamente, bajo esos parámetros se concibe la teoría del derecho, según comenta Peces-Barba, como una especie de “superdogmática” jurídica (Peces-Barba, 1998: 189), esto es, el examen de los diversos ordenamientos jurídicos positivos para extraer de ellos los conceptos de uso común y las condiciones generales de posibilidad de los sistemas jurídicos. Pero con ello “se mutila a la concepción sobre el concepto del derecho de su dimensión crítica, y consiguientemente se acepta sin reacción el material aportado por una reflexión científica muy condicionada por la ideología liberal burguesa” (Peces-Barba, 1998: 189). Es esta una primera limitación que, en sentido estricto, no corresponde tratar en este artículo, pero de la que se ocupan también otros autores, Calvo entre ellos y, como veremos, Ferrajoli.

La segunda limitación es la que deja completamente fuera la capacidad de reflexión crítica de la sociología jurídica o, como lo plantea más abiertamente Habermas, si el derecho se presenta como autoorganización de la comunidad jurídica sobre unas

pretensiones de validez puramente formal, con un contenido ideal, que “choca con los imperativos funcionales de la economía regulada por el mercado y de la administración burocrática, tal autocomprensión normativa suscita, y se ve confrontada con, una crítica articulada en términos de ciencias sociales” (Habermas, 1998: 105). Pero a pesar de que la teoría del derecho que surge sobre esas premisas formalistas tiene estos dos puntos ciegos avanza ignorándolos y, amparada en los presupuestos de la filosofía analítica, se apropia de la teoría del derecho como un imperialismo filosófico y con rechazo al enfoque socio-jurídico (Calvo García, 2014).

No tiene demasiado sentido esa hostilidad hacia la perspectiva sociológica cuando, como recuerda Pompeu Casanovas:

(...) pese a la no disimulada hostilidad con que las facultades de Derecho han enseñado posteriormente a sus juristas a considerar las cuestiones sociológicas, el estudio teórico de ambas disciplinas es un producto directo del desarrollo de la ciencia de la sociedad y del Estado en el siglo XIX. Dogmática jurídica y Sociología son dos caras de la misma moneda, centradas en el estudio del poder y la organización política de la población en un territorio a la par que se constituían las administraciones, los Estados de Derecho, los códigos y las constituciones modernas (Casanovas, 1999: 24).

Ya Ferrari había insistido igualmente en que la filosofía del derecho y la sociología jurídica derivan de la misma matriz cultural: la filosofía humanista y científica de la Europa contemporánea (Ferrari, 2000)

Pero lo cierto es que esa perspectiva formalista se impone y se generaliza. Como reacción surgen, primeramente, los movimientos antiformalistas (Ihering, Gény) y poco después la sociología jurídica. Y aún cabría añadir a las variantes del realismo jurídico, pero eso nos llevaría a otro debate. Como es sabido, en sus primeros momentos la sociología jurídica (Ehrlich, Kantorowicz) se quiso presentar como la verdadera ciencia jurídica frente a la dogmática, pues no puede haber ciencia acerca de enunciados sobre el deber ser. Pero esa etapa duró poco y pronto los clásicos como Geiger o Weber plantearon la sociología jurídica como otra observación del derecho, no en rivalidad con la dogmática. Desde ese momento se abre la oportunidad de una teoría del derecho capaz de integrar la

perspectiva sociológica, pero hace de esto un siglo y sin embargo ese proyecto no termina de desarrollarse. Y no precisamente por falta de reivindicaciones. No voy a revisarlas todas, pero sí me propongo entresacar algunas significativas.

Como comenta Larenz en relación con Krawietz, su propósito es que la teoría del derecho sea capaz de aclarar la función social del Derecho positivo, que concibe además como una técnica que pone a disposición de los ciudadanos un tipo específico de medios con los que lograr fines determinados (Krawietz, 1992), y “de este modo aproxima la Teoría del Derecho a la Sociología del Derecho” (Larenz, 2001: 181). También Gregorio Robles considera que es posible “un entronque no forzado de la sociología del derecho con la teoría del derecho y, en general, con las ciencias jurídicas tradicionales” (Robles, 1993: 65). MacCormick cree que “La jurisprudencia es, y debe seguir siendo, una aventura conjunta de juristas, filósofos y sociólogos” (MacCormick, 1986: 49). O, en palabras de Bobbio, “nunca como hoy la ciencia jurídica ha sentido tanto la necesidad de establecer nuevos y más estrechos contactos con las ciencias sociales” (Bobbio, 1990: 219).

García Amado, enumerando el conjunto de temas que componen la filosofía del derecho distingue como partes diferenciadas la teoría general del derecho de la filosofía sociojurídica, que sería aquella parte de la filosofía del derecho que atiende a “la interacción entre derecho y sociedad, lo que supone un estrecho parentesco de esta rama con la sociología jurídica” (García Amado, 1994: 140). Aparentemente esa interacción entre derecho y sociedad caracteriza a la filosofía sociojurídica y, por tanto, no afectaría a la teoría general del derecho misma. Sin embargo, más adelante afirma:

Si la crisis de la metafísica significó el tránsito del predominio de la temática ontológica a la temática epistemológica; si la crisis del positivismo puramente empirista y el auge del positivismo lógico, con su exaltación de la racionalidad formal y lingüística como supremas pautas de racionalidad, conllevaron el predominio de la teoría general del derecho de inspiración analítica, la crisis de los esquemas positivistas a la que en los últimos años se asiste ha significado la búsqueda de nuevos paradigmas explicativos para el derecho (García Amado, 1994: 140-41).

Y así, el autor cree que a partir de los años 80 se inicia el auge de esta perspectiva sobre el derecho. Es decir, que la perspectiva sociojurídica vendría a superar a la teoría general del derecho de inspiración analítica y a ella cabría aplicarle, por tanto, la afirmación de que “cualquier disquisición sobre el ser del derecho que no sea capaz de mantener los ojos abiertos ante el efectivo ser social del derecho termina perdiéndose en especulaciones gratuitas” (García Amado, 1994: 143)

Atienza extiende la conexión no sólo con la teoría del derecho sino incluso con las teorías de la argumentación jurídica, que han estado casi exclusivamente centradas en la discusión sobre cuestiones de tipo normativo cuando buena parte de la argumentación que realmente se desarrolla en los tribunales es argumentación sobre hechos. Cualquier intento de completar esta laguna

(...) obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo ha de desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y con lo que normalmente se llama “teoría del Derecho”, sino también con la sociología del Derecho, entendida esta última como teoría sociológica y como investigaciones de tipo empírico (Atienza, 1997: 237).

Ferrajoli relativiza la distinción entre hechos y normas que había estado en la base de la separación tajante entre sociología jurídica y teoría del derecho en autores como Kelsen (1992) y estima que en los estados constitucionales de derecho con constitución rígida, que son propios de nuestro tiempo, “de hecho, todos los fenómenos normativos pueden ser considerados simultáneamente como *hechos* (o actos) y como *normas*” (Ferrajoli, 2008: 37-38). Precisamente, las normas pertenecientes a los niveles normativos inferiores también se consideran actos (y como tales virtualmente divergentes) respecto de las normas de nivel superior que regulan su producción. Y a la inversa, los actos normativos pertenecientes a los niveles normativos superiores también se consideran normas.

La descripción sólo del derecho que (normativamente) debe ser, que realiza la aproximación normativista, ignora el derecho que es, es decir su práctica real. Por su parte, la descripción sólo del derecho que (efectivamente) es, como ocurre con las

aproximaciones realistas, ignora el derecho que debe ser, es decir su modelo normativo, por ejemplo constitucional. En ambos casos –uno frecuente entre los juristas, el otro entre los sociólogos- tendremos dos imágenes opuestas del derecho, pero ambas parciales y distorsionadas, puesto que una descuida los márgenes de ineficacia de las normas de rango superior y la otra los de legitimidad de las normas de rango inferior (Ferrajoli, 2008: 42-43).

Así, Ferrajoli propone diferenciar, por una parte, tres niveles del discurso o aproximaciones disciplinarias y, por la otra, la teoría del derecho. Esos tres niveles serían la filosofía política (crítica y propositiva) en relación con el derecho, la evaluación del derecho por su coherencia con los preceptos constitucionales y la aproximación sociojurídica, que analiza el mayor o menor grado de cumplimiento efectivo del derecho. Y, “en otro nivel completamente diferente se sitúa la *teoría del derecho*, que es una *teoría formal* que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas” (Ferrajoli, 2008: 50).

Aun cuando pudiera parecer que con este planteamiento se mantiene la separación radical entre sociología jurídica y teoría del derecho (y también la filosofía política y la coherencia constitucional, aunque estos no sean ahora nuestros temas), Ferrajoli, por el contrario, encuentra aquí un vínculo esencial.

De esta manera, la teoría del derecho, y en especial del estado constitucional de derecho, con las divergencias que comporta entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica, puede postularse como el lugar en el que es posible recomponer las diferentes fracturas disciplinarias (entre ciencia del derecho, sociología y filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna (Ferrajoli, 2008: 66).

Recuerda en esto parcialmente a Habermas, quien declara que lo que en este contexto le importa “es la elaboración de un planteamiento reconstructivo que haga suyas ambas perspectivas: la de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia” (Habermas, 1998:69).

Son muchos otros los autores que, con diferentes argumentos, reclaman esta vinculación entre teoría del derecho y sociología jurídica. Soy consciente de la injusticia de no citar a muchos de ellos que lo merecerían pero excedería al espacio de este artículo. Me limito a hacer algunas referencias para mostrar que la propuesta de Calvo, de la que me ocuparé a continuación, no es un caso aislado sino que se inserta en una larga serie. Al mismo tiempo, sus consideraciones quedan así contextualizadas en el origen histórico de la teoría del derecho, que he mencionado al comienzo de este apartado.

3. Las propuestas de Calvo sobre la reorientación sociojurídica de la teoría del derecho

Calvo, en primer lugar, no propone la sustitución de la teoría del derecho por una teoría sociológica del derecho (Calvo García, 2010) sino que intenta mostrar las limitaciones de la perspectiva dominante en la primera de ellas y poner de manifiesto cómo pueden superarse esas limitaciones integrando en la teoría del derecho la perspectiva sociojurídica, aunque en otro momento incluso se plantea el desarrollo de una teoría sociojurídica del derecho en cuanto tal (Calvo García, 2014), siguiendo en esto a Cotterrell. Se apoya para ello en un amplio conocimiento de autores contemporáneos que han venido a reivindicar de uno u otro modo esa apertura de la teoría tradicional, como Tamanaha, Schauer, Twining, Kornhauer, Lacey, Galligan, Hawkins, Offe o Zagrebelsky.

Frente a la breve semblanza histórica trazada en el apartado anterior, Calvo desarrolla un análisis exhaustivo de la evolución de la teoría analítica del derecho desde Austin hasta Raz para poner de relieve dichas limitaciones así como el rechazo tradicional y la deficiente comprensión del punto de vista de la sociología jurídica en la teoría del derecho dominante. Así, por ejemplo, comentando la interpretación de Lacey acerca de una cierta apertura de Hart hacia planteamientos propios de la sociología jurídica pone de manifiesto junto con Cotterrell que este autor no trata de poner de destacar los elementos esenciales del derecho con el instrumental propio de la sociología sino con puntos de vista más próximos a la filosofía especulativa (Calvo García, 2010).

En coherencia con la revisión hecha en el apartado anterior, Calvo considera que la teoría del derecho dominante se limita a una descripción puramente formal del sistema jurídico basada en unas exigencias de científicidad y neutralidad valorativa que, sin embargo, no cumplen con lo que prometen. En primer lugar, el estrecho punto de vista que se autoexige deja fuera de su consideración algunos elementos esenciales de la praxis jurídica. Coincidiendo con Kornhauser señala cómo dicho punto de vista identifica el derecho con el conjunto de prohibiciones, exigencias, y permisos que prevalecen en la sociedad, más que en las instituciones del régimen jurídico que promulgan, aplican coercitivamente y mantienen el orden jurídico (Calvo García, 2010). Es lo que se ha venido a llamar también la perspectiva puramente *doctrinal* sobre el derecho.

En segundo lugar, la pretensión de la teoría analítica del derecho es ser valorativamente neutral para así poder cumplir con la exigencia de científicidad que marca su origen. Si se vinculase el concepto de derecho con pretensiones morales de valor, se entiende, se llevaría el debate a posiciones subjetivas y, por tanto, no defendibles como de validez general. Sin embargo, esta neutralidad valorativa no es tal y, más bien, la teoría del derecho eleva a teoría un modelo característico de ordenamiento jurídico que surge de forma contemporánea a las primeras formulaciones de dicha teoría: el modelo jurídico liberal, como consecuencia de los cual se formula un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal, con monopolio del sistema de fuentes sociales del derecho y su aplicación, vinculado a las instituciones características del modelo político del estado-nación y presuponiendo el carácter unitario del ordenamiento (Calvo García, 2010). Se dejan así fuera fenómenos jurídicos que no quepan en tal concepción del derecho. Con ello, esta teoría del derecho deja de estar en condiciones de explicar fenómenos como el pluralismo jurídico o la mundialización. No puede abarcarse esta amplia fenomenología contemporánea del derecho sin abrirse a las consideraciones sociojurídicas.

También adolece la teoría del derecho de corte tradicional de una alta dependencia del formalismo y del método lógico-deductivo. El normativismo tiene

(...) en este sentido muchas dificultades de encaje con las transformaciones del derecho vinculadas al desarrollo de los sistemas jurídicos actuales orientados a conseguir objetivos o a realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control. Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de márgenes de discrecionalidad que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y circunstancias de oportunidad (Calvo García, 2010: 383).

Aquel modelo metodológico también tiene dificultades para describir las decisiones jurídicas fuera del modelo de la decisión judicial, cuando el derecho contemporáneo se ve exigido a cumplir funciones donde ese esquema resulta insuficiente:

(...) las burocracias que desarrollan y realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir objetivos específicos, *policies* y pautas de actuación para alcanzar los objetivos generales de la legislación es una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad (Calvo García, 2020: 383).

En síntesis, Calvo coincide con Schauer en la afirmación de que tanto el derecho como el concepto del derecho son construidos y reconstruidos socialmente (Calvo García, 2010). Comparto con Calvo esta convicción y me gustaría con este artículo invitar a continuar este esfuerzo de construir una teoría sociológica del derecho. No pretendo tratar ahora de forma exhaustiva una propuesta de teoría que satisfaga esas exigencias pero sí apuntar algunas líneas fundamentales de la misma. La distinción kelseniana entre ciencias basadas en relación de causalidad y ciencias basadas en relaciones de imputación que marca la frontera entre hechos y normas, colocando con ello a la sociología en el primer terreno como ciencia descriptiva y la teoría del derecho en el segundo al ocuparse únicamente de las normas, deja fuera de consideración que la división entre hechos y normas se genere en el propio nivel social. Se ofrece con ella la imagen del sistema de relaciones sociales como meros hechos y, en el otro extremo, las normas que regulan tales hechos.

Pero como he intentado apuntar en otra parte (Aymerich, 2020), la normatividad no es un orden que se imponga desde fuera a la realidad social sino que ésta es constitutivamente normativa. Lo que muestra el interaccionismo simbólico de Mead es que los conceptos elementales de la descripción social (qué es un individuo, que es la interacción social, cómo se reconocen a sí mismos los individuos y a otros en las interacciones sociales) están configurados a partir de la capacidad de participar en relaciones gobernadas por normas, comenzando por los juegos infantiles en que los niños aprenden qué significa seguir una regla.

Es un caso semejante a la descripción de Wittgenstein, si bien éste se refiere específicamente al uso del lenguaje (Wittgenstein, 2008). Participar en la comunicación lingüística significa que se posee la capacidad para usar las reglas del lenguaje. El hecho de que las personas se comunican en un idioma significa que las reglas de ese idioma son válidas, que están vigentes. Las reglas no son algo que controla desde fuera el orden de la comunicación sino que la existencia misma de la comunicación demuestra la validez de dichas normas. De manera semejante, la normatividad no es algo que mantiene desde fuera un sistema de relaciones sociales organizadas sino que participar en las relaciones sociales implica tener la capacidad de seguir normas, la normatividad es constitutiva de las relaciones sociales y, por tanto, describir las relaciones sociales implica desde el primer momento entenderlas normativamente. La descripción sociológica es ya descripción de normas.

De algún modo se refiere también Luhmann (2005: 70) a esta cuestión cuando discute la muy repetida definición de la sociología jurídica que la identifica como la ciencia que estudia las relaciones entre derecho y sociedad “que encubren el error de que pudiera existir el derecho fuera de la sociedad”. La confusión está ligada a ciertas representaciones de qué significa “la sociedad” que se repiten como tópicos irreflexivamente. Por el contrario, lo que aporta la sociología jurídica es la descripción de cómo la dinámica social genera normas y, dentro de estas, normas jurídicas. Que pueda existir una teoría del

derecho (en ello insiste Luhmann) es el resultado de la diferenciación del subsistema jurídico dentro del sistema de relaciones sociales, de que se pueda

(...) describir el derecho como un sistema autopoiético y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: “autopoiesis”. De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta esto (Luhmann, 2005: 85).

En fases históricas donde las normas jurídicas se confunden con las morales, las religiosas, las tradicionales, etc, no es posible una autonomía así del sistema jurídico y, por tanto, tampoco una teoría del derecho en sentido estricto. Pero una teoría sociológica del derecho está en condiciones de describir el proceso de diferenciación social que lleva a esa autonomía del sistema jurídico y, en ese sentido, tiene un punto de vista más amplio que la teoría del derecho dominante.

Ross (2005) había expuesto ya en el prefacio de su obra *Sobre el derecho y la justicia* que las nociones jurídicas fundamentales se deben interpretar únicamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad, y en *Teoría de las fuentes del derecho* delimita esa normatividad en el plano individual, en el social-colectivo y en el jurídico (Ross, 1999). Naturalmente, es decisivo que las normas jurídicas sean claramente diferenciables de las otras como presupone también en todos los casos la teoría normativista, analítica, del derecho. Si se parte de esta fenomenología social la descripción del sistema jurídico es viable una teoría del derecho que recoja la aportación de la sociología jurídica o, mejor dicho, una teoría sociológica del derecho. En ningún momento se desdibuja que el plano normativo jurídico se constituye conforme a sus propias pautas.

En esto ya habían insistido clásicos de la sociología como Weber, y así lo refleja el propio Kelsen:

Por tanto, de acuerdo con tal definición, el objeto de una sociología del derecho es la conducta humana que el individuo actuante ha orientado hacia un orden que considera como “válido”; o dicho de otro modo: el individuo cuya conducta constituye el objeto

de la sociología del derecho, considera ese orden en la misma forma en que la jurisprudencia normativa considera al derecho (1995: 209).

A esa misma idea se refiere Luhmann:

Esta situación de la teoría, que paraliza toda la discusión sobre la “legitimidad”, se supera si se ve (como sociólogo) la calidad normativa de una comunicación en la facticidad de una expectativa contrafáctica. Una expectativa tiene por lo tanto una pretensión normativa, si su comunicación promete que dicha expectativa se mantendrá también en caso de desilusión (Luhmann, 1985: 92).

Ni Weber ni Luhmann plantean problema alguno para que en la descripción sociológica del derecho la validez de las normas sea definida en los términos en que se define internamente desde la ciencia jurídica, no desdibujan la distinción entre hechos y normas en ningún momento. Como también sostiene Febbrajo (1989: 89), se trata de superar tanto el “reduccionismo jurídico” como el “reduccionismo fáctico” en la aproximación al derecho. Ambas perspectivas “consisten fundamental y simplificada en una remoción y en una inadecuada traducción del elemento normativo”.

4. La apertura sociológica del análisis de impacto regulatorio

Como decía al comienzo, además de los dos artículos ya comentados de Calvo hay una tercera aportación suya que considero muy relevante de cara a la introducción de la perspectiva sociojurídica en la teoría del derecho. Se trata de *Retorno al derecho regulatorio. Implementación y evaluaciones de impacto*, texto que motivó nuestra última ocasión de colaboración profesional antes de su triste fallecimiento. La conexión con los dos artículos ya mencionados está en que además de las insuficiencias del modelo clásico, analítico, de la teoría del derecho que menciona en esas dos obras hay una tercera limitación de dicho análisis que se ha puesto de manifiesto con el desarrollo de todas las iniciativas ligadas a la mejora regulatoria y, en concreto, al análisis de impacto regulatorio.

Calvo, atento siempre a los cambios en el derecho contemporáneo, no dejó de ocuparse de esta nueva tendencia. En primer lugar, el normativismo característico de la

teoría del derecho se presenta como capaz de determinar los criterios de pertenencia al sistema de las normas, pero es imposible que desde su limitada óptica pueda valorar cuándo las normas, por más que cumplan formalmente con unos criterios de validez, se han vuelto excesivas o contraproducentes. Es lo que expresa bien el conocido título de García de Enterría (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. La superabundancia de normas (además de su baja calidad), por más que formalmente sean normas válidas, es un defecto del sistema jurídico que empieza a intentar controlarse desde dentro del propio sistema.

Efectivamente, el análisis de impacto regulatorio se concreta en una serie de disposiciones que obligan al legislador a considerar los efectos que la producción normativa provoca en el sistema de relaciones sociales y, por tanto, a abrirse a una perspectiva que hasta ahora no contemplaba. En la medida en que los ordenamientos van incorporando este tipo normas el modelo clásico de la teoría general del derecho se ve obligado a asumir el punto ciego con el que describía al sistema jurídico y a abrirse a una perspectiva sociojurídica.

Antes de entrar en el detalle del sentido del análisis de impacto regulatorio hay que reivindicar que esta preocupación por los efectos sociales de la legislación no es nueva y que surgió en el ámbito de la sociología jurídica hace ya un siglo. Efectivamente, Theodor Geiger demostró en una investigación clásica cómo el intento de la legislación alemana de comienzos del siglo XX de equiparar la situación de los hijos ilegítimos (según la terminología que entonces se empleaba) con la de los legítimos condujo a un resultado contrario al deseado: la ley obligaba al padre a pagar a la madre del hijo ilegítimo una pensión que fuese suficiente para alimentarlo, vestirlo, alojarlo y educarlo conforme al nivel social medio en que ella vivía, prohibiendo así que se desentendiese del hijo que había engendrado. Lo que ignoró la ley fueron las estadísticas que mostraban que en la gran mayoría de los casos los hijos ilegítimos tenían padres de extracción social media/alta y madres de extracción social baja, por lo que con esta solución normativa se garantizó a los padres que podían dedicar mucho menos dinero a sus hijos ilegítimos que a los legítimos, perpetuándose con ello la discriminación.

Concluyó Geiger que la producción normativa que ignora la realidad social en que ha de ser aplicada puede ser ineficaz o incluso producir un efecto opuesto al previsto (Geiger, 1920). Más adelante desarrolló su propia metodología sobre el cálculo de la eficacia de las normas jurídicas (Geiger, 1987) y la sociología jurídica ha mantenido desde entonces una atención permanente sobre este tipo de cuestiones. Así, por ejemplo, la actual distinción entre estudios *ex ante* y *ex post* a la regulación que forma parte de la metodología del análisis de impacto regulatorio tiene un claro paralelismo con la distinción hecha por Carbonnier entre lo que él denominó sociología ante-legislativa y post-legislativa (Carbonnier, 1982).

Pero veamos en qué consiste esta nueva exigencia de evaluación de los efectos sociales de la regulación. Me ocuparé en primer lugar de la evolución normativa más destacada y a continuación plantearé el cambio que suponen todas estas iniciativas. El análisis de impacto regulatorio surgió hace unos 50 años vinculado a algunas políticas públicas muy específicas, como los intentos de evaluación de la repercusión de las reformas legislativas o reglamentarias sobre el medio ambiente.

Posteriormente, su ámbito se fue ampliando a otros ámbitos a otros sectores normativos. En esta época la ideología neoliberal (además de alguna limitación metodológica) identifica la capacidad regulatoria estatal como un obstáculo para el libre mercado, lo que influyó en que el análisis de impacto regulatorio (RIA, según sus siglas en inglés) se plantease inicialmente casi en exclusiva como un análisis coste-beneficio, pero como veremos esta perspectiva limitada se ampliaría más adelante. En Estados Unidos, el RIA se hizo obligatorio en 1981 por medio de la Orden ejecutiva 12.291 del presidente Reagan. En este momento el objetivo que orientaba esta medida era la reducción de gastos de la administración estatal y la desregulación, que supuestamente favorecerían un entorno más propicio para los negocios. Por medio de la Orden ejecutiva 12.866 el presidente Clinton amplió el sentido del análisis de impacto regulatorio para incluir no sólo el patrón coste-beneficio sino otros valores que la legislación debería considerar, como su efecto redistributivo y en la equidad, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

En paralelo con estas nuevas normas se crearon en el ámbito administrativo organismos como la *Government Accountability Office*, una agencia independiente que asesora al Congreso y que recibió el encargo en 1974 de evaluar y analizar los resultados de los programas y actividades del gobierno, incluyéndose aquí la evolución y eficacia de las leyes. Existen además de éste otros organismos independientes, como la *Office of information and regulatory affairs* o el *Congressional research service*, responsables ante las cámaras del Congreso y que cuentan con competencia en la evaluación de la legislación.

En Gran Bretaña se inició un camino semejante en los años 80, también inicialmente ligado al objetivo de la desregulación y con idea de mejorar el entorno normativo para los negocios (Libro blanco -*White Paper*- “Lifting the burdens”, 1985). En 1998 el gobierno de Tony Blair introdujo la obligación de realizar un análisis de impacto regulatorio sobre las propuestas legislativas ampliando aquella perspectiva inicial a la consideración de la incidencia de la regulación en el conjunto de la sociedad, y no sólo en el terreno de los negocios. En el Reino Unido existe también un órgano independiente del Gobierno que presta su apoyo a la Cámara de los Comunes, la *National Audit Office*, de un modo parecido a lo ya dicho sobre EEUU. Además, la Unidad de escrutinio prelegislativo, que revisa los proyectos de ley en el marco de la Dirección de comisiones de la Cámara de los Comunes, fue creada tras ponerse de manifiesto la baja calidad de la legislación tras el informe de la Hansard Society de 1992 sobre el proceso legislativo.

El análisis de impacto regulatorio ha sido promovido por diversas organizaciones internacionales. A nivel europeo, los sucesivos tratados de la Unión contienen de manera reiterada disposiciones que provienen, en última instancia, de la muy citada Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993 (Official Journal, 1993), la necesidad de incrementar la transparencia en el proceso de elaboración legislativa, de mejorar la accesibilidad de las normas para sus destinatarios y para los operadores jurídicos y de mejorar igualmente la técnica legislativa en toda reforma que se emprenda del sistema vigente. Una primera consecuencia es la política de mejora regulatoria, “*better regulation*”, que surge en la UE a raíz del Informe Mandelkern en 2001 (Grupo Mandelkern), creando la Comisión en 2005

un modelo de Evaluación de Impacto normativo para toda la legislación comunitaria. Así, el análisis de impacto normativo está ampliamente institucionalizado en la Unión Europea. Más recientemente la Comisión Europea aprobó la *Agenda de mejora normativa (Better regulation agenda)*, el 19 de mayo del 2015.

Desde la OCDE también se promueve el *Regulatory Impact Assessment and Analysis* como elemento para la mejora de la gobernanza desde la década de los 90 (OCDE, 2009). El 22 de marzo de 2012, el *Regulatory policy committee* de la OCDE adoptó la *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, que ha sido muy influyente en las iniciativas adoptadas por muchos estados. Es cierto que la OCDE tiende más al modelo del análisis coste-beneficio y a insistir en la creación de entornos normativos favorables a los negocios, pero la propia naturaleza de la organización explica en parte esta tendencia. El análisis de impacto ha sido también tratado en el Consejo de Europa, que desde los años 90 del pasado siglo comenzó a incentivar la cooperación legal entre los estados miembros para lograr una mejor legislación sobre la base de la evaluación del proceso legislativo. El Consejo de Europa hace especial hincapié en que debería prestarse una atención especial a la evaluación de los efectos de la legislación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, organizando en torno a él un proceso de evaluación y determinando sus requisitos (Karpen, 1999).

Aparte de los casos ya mencionados de Estados Unidos y Gran Bretaña resultaría excesivo hacer un repaso de todas las iniciativas emprendidas en los diferentes estados pero sí quiero resaltar algunos ejemplos relevantes porque al compromiso con el análisis de impacto regulatorio se le ha dado rango constitucional. En Suiza, desde la enmienda a su constitución de 1999, este análisis se ha hecho obligatorio y así lo establece el art. 170: “Evaluación de la efectividad. La asamblea federal deberá asegurar que las medidas son evaluadas en relación a su efectividad”. Con ese fin la evaluación *ex post* de la legislación lleva utilizándose bastante tiempo, frente a la relativamente débil institucionalización de la evaluación *ex ante*. A nivel federal se creó el *Control parlamentario de la administración*, un departamento independiente de evaluación, pero la evaluación legislativa suele encomendarse a consultores independientes o a expertos de las universidades (Kellerhals,

2006). Existen normas legales para este tipo de evaluación tanto a nivel nacional como cantonal.

En el caso francés, la reforma de la Constitución llevada a cabo en 2008 modificó el art. 39 para que los proyectos de ley tuviesen que presentarse conforme a un procedimiento que habría de ser desarrollado por ley orgánica. A continuación la Ley Orgánica 2009-43, de 15 de abril de 2009, estableció la obligación de que para todas las leyes se debe elaborar un estudio de impacto regulatorio. Por tanto, como consecuencia de esta reforma la *Conférence de los presidentes de la primera cámara* denegará la inscripción en el orden del día de aquellos proyectos de ley que no vayan acompañados de un informe de impacto regulatorio (art. 39), que además tiene carácter público. Añadido a esto, al reformarse el reglamento de la Asamblea Nacional en 2009 se reforzó la participación ciudadana, incluso telemáticamente, para que se pudiesen hacer llegar a los diputados observaciones sobre el proyecto pero también sobre el informe de impacto que lo acompaña. Esta nueva posibilidad ha suscitado nuevos debates en la opinión pública francesa con ocasión de la tramitación de varios proyectos de ley (Maña, 2013).

La evaluación francesa no había contado hasta esta reforma con una base metodológica claramente definida pero desde 2008 el cambio ha sido muy destacable. El impulso para esta reforma fue el informe del *Conseil d'état* de 2006 en el que planteaba la necesidad de poner el nivel de exigencia del análisis de impacto regulatorio en el más alto nivel de la jerarquía normativa como solución a la complejidad del derecho y la falta de seguridad jurídica. Desde el punto de vista organizativo, su institución más influyente es el *Conseil Scientifique de l'évaluation*. En la organización de las unidades y organismos de apoyo dentro de la asamblea, podemos destacar la *Office Parlementaire de l'évaluation de la législation* y una *Office parlementaire de l'évaluation des politiques publiques*. Otros estados han creado también departamentos específicos, pero los han hecho depender directamente del poder ejecutivo. Así, por ejemplo, el *Consejo finlandés de análisis de impacto regulatorio*², dependiente de la oficina del primer ministro.

² Ver página oficial: <<https://vnk.fi/en/council-of-regulatory-impact-analysis>>. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2021.

Lo destacable de Francia es que con independencia de quién elabore el proyecto de ley (el ejecutivo, habitualmente), el debate se sustancia en el terreno parlamentario donde la publicidad es obligatoria, y por tanto la participación ciudadana no es un trámite formal de consulta a potenciales afectados sino una opción mucho más efectiva. Como afirma Rose-Ackerman (2013: 123),

(...) la diferencia estriba en que el proyecto que se envía al Parlamento es susceptible de críticas más inteligentes, tanto dentro como fuera de las cámaras en virtud de la evaluación de impacto y de la información que proporciona el gobierno.

Sin llegar a este nivel de compromiso hay iniciativas semejantes en los Países Bajos, Bélgica, Alemania, Austria y otros. En España la Ley 39/2015, de *Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, en la parte referida al análisis de impacto se hizo, como indica el propio preámbulo de la ley, para atender las recomendaciones incluidas en el informe de la OCDE *Spain: from administrative reform to continuous improvement*, de 2014, sobre mejoras en el ámbito de la mejora regulatoria. También la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público*, en su disposición final tercera introduce reformas profundas en materia de justificación, evaluación, racionalidad y transparencia del proceso normativo, que se concretan en el Real Decreto 931/2017 que se regula la Memoria de análisis de impacto normativo. En resumen, asistimos a una oleada de reformas legislativas que disciplinan el proceso de creación normativa bajo el principio de la optimización de sus efectos sobre el medio social.

Veamos ahora el significado de todas estas reformas. En palabras de Ulrich Karpen, el análisis de impacto regulatorio “constituye un instrumento de evaluación sistemática de los efectos de las normas. Una evaluación es una consulta metodológica acerca del valor y el método de un objeto” (Karpen, 2006: 57). O tal como lo define Susan Rose-Ackerman (2013: 125),

(...) en esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si lograrán

beneficios públicos (...). La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho sino en lo que éste hace, consigue, genera.

Esta preocupación abarca tanto el proceso previo de legislación como los resultados posteriores; el efecto real conseguido por cada reforma normativa. Se busca una legislación eficaz, eficiente y efectiva. La simple existencia de la norma no es garantía para alcanzar sus fines y, en ocasiones, se provocan además efectos no deseados. Se requiere, por tanto, un análisis previo y posterior sobre su necesidad, su impacto y para determinar su efectividad, contribuyendo a su adaptación en un entorno complejo y cambiante, del que surge y sobre el que pretende proyectarse. Se trata de identificar, mejorar y crear metodologías de evaluación y análisis de las normas que constituya un refuerzo a su motivación y justificación, respondiendo a la preocupación por su grado de cumplimiento o la consecución de sus objetivos, estableciendo un sistema de evaluación de efectos y resultados.

La materialización de estos propósitos pasa por fortalecer las memorias e informes previos y los análisis de impacto, ya institucionalizados en muchos países; concienciar sobre la importancia de los mismos y desarrollar metodologías procedimentales más rigurosas, científicas, específicas y sistematizadas tanto de análisis como de evaluación. Como hemos podido ver, también muchos estados cuentan ya desde hace años con instituciones para el apoyo en las tareas de creación normativa y otros organismos encargados de la evaluación de los resultados de la legislación y la presentación de informes sobre su efectividad.

Según Auby y Perraud (2013: 24):

El método de evaluación de impacto regulatorio comprende las siguientes fases:

- La definición del problema (en términos de riesgo, de necesidades o de oportunidades para mejorar el *status quo*).
- Una forma de gobernanza que se basa en un proceso de gestación de las normas que sea transparente y controlable, que ponga especial énfasis en las consultas, en el uso de las pruebas empíricas y contrastadas para la preparación de la legislación y que siga los

estándares de validación propios de las ciencias sociales y naturales durante el proceso regulatorio.

- La expresa consideración de múltiples opciones, incluyendo la opción cero o la de no tomar ninguna medida, teniendo en cuenta alternativas que supongan una menor intervención pública en los mercados, medidas de derecho blando o soft-law, acuerdos voluntarios y, desde luego, los métodos tradicionales de “orden y mando” (*command and control regulations*).

- Metodologías específicas para el análisis de diferentes opciones regulatorias, como el análisis coste-beneficio, análisis de criterios múltiples y la evaluación comparativa de riesgos.

- Un compromiso de supervisión *ex post* y de revisión de las regulaciones.

Hemos visto en casos como el francés que, por disposición de rango constitucional, la producción legislativa deberá ceñirse a estas exigencias y, por tanto, como paso previo debe demostrarse que existe un problema, que la mejor solución a dicho problema es una nueva norma jurídica (en comparación razonada con otras alternativas), que la norma ha sido calculada para producir como efecto la solución del problema y que pasado el tiempo se evaluará si efectivamente se ha producido el resultado esperado. Todo este proceso debe justificarse y validarse conforme a los patrones de las ciencias sociales y naturales. La teoría del derecho dominante se limitaba a verificar la validez de las normas mediante criterios formales que eran independientes de los análisis causa-efecto sobre la realidad social en que habrían de aplicarse las normas, como bien recalca Kelsen. Pero “si no se identifican claramente los objetivos, las estrategias y los instrumentos regulativos vinculados a esos objetivos y los mecanismos de implementación que aseguren su realización efectiva haciendo frente a las dificultades circunstanciales que puedan surgir, las regulaciones no funcionarán” (Calvo García, 2019: 606).

Creo importante resaltar también que el análisis de impacto regulatorio implica un cambio en el modo de concebir la función de la potestad normativa que es destacable por su repercusión en la calidad democrática del procedimiento. Tradicionalmente, el concepto de soberanía iba ligado a la potestad legislativa. Jean Bodin definía la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una república y es soberano quien tiene el poder de dictar leyes sin

recibir las de otro. Dentro de esta potestad se incluye también el determinar cuál es el interés público, al cual habrán de someterse otros intereses privados. Por tanto, el legislador soberano tiene el poder unilateral de establecer mediante la ley el interés público.

Sin embargo, como señalan Auby y Perraud, “la evaluación de impacto nos muestra un camino nuevo, una nueva forma de evaluar el interés público” (Auby y Perraud, 2013: 27). Efectivamente, la declaración del interés público pierde aquel carácter unilateral y somete a debate público la cuestión como fase previa a su aprobación. La información con que el legislador cuenta para redactar el proyecto de ley puede ser solo una parte de la información relevante, de manera que otros interlocutores pueden aportar nuevos datos que modifiquen la concepción inicial del interés público, dentro del cambio de paradigma hacia el modelo de la gobernanza.

La evaluación de impacto regulatorio demuestra que los intereses públicos ya no son producto de la exclusiva voluntad de la Administración, sino de la ponderación y equilibrio entre costes y beneficios. El interés público ya no es algo que la voluntad de la Administración pueda declarar unilateralmente, por puro decisionismo, sino que tiene que justificarse, que construirse (Auby y Perraud, 2013: 28).

Una enmienda a la totalidad a la definición de la norma de Austin como mandato de la autoridad. El punto nodal es que lo decisivo ya no es tanto cómo se determina quién ostenta la potestad normativa sino que se prioriza que la legislación y reglamentación se haga disponiendo del máximo de información relevante posible. En mi opinión, este es uno de los cambios que la sociedad de la información está trayendo al derecho. Pero afecta también a la identificación de las normas válidas en función de la autoridad que las promulga y el respeto al procedimiento establecido de aprobación. Que un reglamento pueda ser anulado por deficiencias en la memoria de impacto regulatorio o que, como ocurre en Francia, un proyecto de ley no se admita a trámite por la misma razón significa que ahora la validez de las normas dependerá también de que se justifique suficientemente que son idóneas para resolver el problema social concreto que motiva su propuesta. Pero eso obliga a considerar la adecuación entre las normas jurídicas y las dinámicas sociales

problemáticas que se intentan abordar. La apertura hacia la sociología jurídica se hace constitutiva.

Se refiere también a ello Luhmann (2005: 78):

Los síntomas de agobio en el sistema jurídico actual ya han sido muy discutidos. Puede ser que se trate de un fenómeno de transición, resultado de las viejas demandas de exigencia regulativa y de adaptación a las nuevas condiciones. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de dotar de forma jurídica a los problemas de riesgo o a los problemas ecológicos. Pero, ¿cómo se puede formar un juicio sobre estas cuestiones? ¿qué tipo de teoría podría ayudar cuando, por un lado, se reconoce el valor regulatorio del derecho en la sociedad moderna pero, por otro, ya comienzan a perfilarse las modificaciones?.

Efectivamente, la llamada motorización legislativa nos obliga a plantear la pertinencia de una teoría del derecho que describe las normas como pretensiones de validez independientes de las condiciones fácticas de la sociedad pero que a la vez se ven obligadas a modificarse constantemente por la presión de los cambios y los conflictos sociales.

El mejor homenaje que podríamos tributar a Manuel Calvo es dar continuidad a este interés suyo sobre el derecho regulativo y los análisis de impacto, no sólo porque refleja problemas contemporáneos del derecho sino porque la consolidación de la sociología jurídica tiene aquí un claro campo para el desarrollo. Es cierto que, en sus orígenes, el análisis de impacto regulatorio vino ligado a intereses económicos y que buena parte de los esfuerzos metodológicos para concretarlo se hicieron siguiendo el patrón del análisis coste-beneficio que caracteriza a la ciencia económica, pero es incuestionable que el impacto social del derecho abarca un campo de fenómenos mucho más amplio que el que cabe en esa perspectiva y para el cual la historia de la sociología jurídica ofrece toda una tradición de estudios sobre la efectividad del derecho. Frente al muy difundido modelo de análisis de impacto basado en el análisis coste-beneficio Calvo propone desarrollar el impacto social, que considera primordial (Calvo García, 2019).

A mi juicio, la rápida evolución normativa en el campo del análisis de impacto regulatorio (tal como he intentado describirla) puede ser una magnífica ocasión de

especialización para los sociólogos del derecho de hoy. Cuanto más se requieren conocimientos expertos sobre el impacto social de la legislación y la reglamentación más opciones habrá de consolidación para una sociología jurídica que sepa aprovechar esta oportunidad, y la evolución normativa muestra que la demanda de tales análisis será creciente.

Referencias bibliográficas

- Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud. (2013). *La evaluación de impacto regulatorio. Introducción*, Sevilla, Global Law Press/INAP.
- Atienza, Manuel. (1997). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2a reimp., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Austin, John. (1951). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Instituto de estudios políticos.
- Aymerich, Ignacio. (2020). “El lugar del derecho en las relaciones sociales”, en: Añón, María José, Ignacio Aymerich Ojea, Cristina García Pascual, María A. Dalli Almiñana, José Antonio García Sáez, Juan Ramón Fallada García-Valle, Andrés Gascón Cuenca, Ángeles Galiana Saura, Víctor Merino Sancho, Jesús García Cívico, Ángeles Solanes Corella y Javier de Lucas (auts.) *Teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Bobbio, Norberto. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate.
- Calvo García, Manuel. (2010). “¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44 , pp. 371-394.
- Calvo García, Manuel. (2014). “Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 46-66.
- Calvo García, Manuel. (2019). “Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto”, en: Oliver-Lalana, Angel Daniel (ed.) *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Carbonnier, Jean. (1982). *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos.
- Casanovas, Pompeu. (1999). “Pero, ¿qué demonios es la Sociología del Derecho?”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, No. 25, Febrero, pp. 22-28.
- Comisión Europea. (2015). *Better Regulation Agenda: Enhancing Transparency and Scrutiny for Better EU Law-making*, European Commission - Press release,

- Estrasburgo, 19 de mayo de 2015. Recuperado de: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_en.htm>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.
- Comité de Política Regulatoria - OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, Mejores políticas para una vida mejor, 22 de marzo de 2012, París, OECD Publishing. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.
- Conseil d'État. (2006). *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*. Vie Publique.
- Constitución federal de la Confederación Suiza. 18 de abril de 1999 (Suiza).
- Constitución francesa. 23 de julio de 2008 [enmienda] (Francia).
- Febbrajo, Alberto. (1989). “Sistemas sociológicos y teoría jurídica. Algunos dilemas de una sociología del derecho «crítica»”, en: Bergalli, Roberto (coord.) *El derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, pp. 71-100.
- Ferrajoli, Luigi. (2008). “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en: Ferrajoli, Luigi, Josep Joan Moreso y Manuel Atienza Rodríguez (auts.) *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrari, Vincenzo. (2000). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas” / Dykinson.
- García Amado, Juan Antonio. (1994). “La filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la necesidad de la “Teoría del Derecho” como sucedáneo”, *Persona y Derecho*, No. 31, pp. 109-155.
- García de Enterría, Eduardo. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas.

- Geiger, Theodor. (1920). *Das uneheliche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates: Ein Versuch auf der Basis kritischer Rechtsvergleichung*, München, Schweitzer.
- Geiger, Theodor. (1987). *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot. (Obra original publicada en 1947)
- Grupo Mandelkern sobre Mejora de la Regulación. (2001). *Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación*, 13 de noviembre de 2001.
- Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta.
- Hansard Society Commission. (1992). *Making the Law: The Report of the Hansard Society Commission on Legislative Process*, Londres, Hansard Society.
- Karpen, Ulrich. (1999). *The Obligation to Evaluate the Effects of Laws on the Exercise of Fundamental Rights*, Proceedings of the Council of Europe's legal co-operation and assistance activities (2000-2001), Sounion, Council of Europe.
- Karpen, Ulrich. (2006). "La implantación de la evaluación legislativa en Europa", *La Evaluación de las Leyes*, XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, VVAA, Pau i Vall, Francesc y Javier Pardo Falcón (coords.), Madrid, Tecnos.
- Kellerhals, Christophe. (2006). "La evaluación legislativa en el Cantón de Ginebra: el costo de la comisión externa de evaluación de las políticas públicas", en: Pau i Vall, Francesc y Javier Pardo (eds.) *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la asociación española de letrados parlamentarios*, Madrid, AELPA.
- Kelsen, Hans. (1992). "Una fundamentación de la sociología del Derecho", *Doxa*, No. 12, pp. 213-56.
- Kelsen, Hans. (1995). *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM.

Kelsen, Hans. (2009). *Teoría pura del derecho* (4ª ed. 3ª reimp.), Buenos Aires, Eudeba. (Obra original publicada en 1960).

Krawietz, Werner. (1992). *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, México, Fontamara.

Larenz, Karl. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel.

Ley 39 de 2015. Ley de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. 2 de octubre de 2016 (España). «BOE» núm. 236, BOE-A-2015-10565.

Ley 40 de 2015. Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. 1 de octubre de 2015 (España). «BOE» núm. 236, BOE-A-2015-10566.

Ley Orgánica número 43 de 2009. 15 de abril de 2009 (Francia).

Luhmann, Niklas. (1985). “El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 25, No. 1, pp. 87-103.

Luhmann, Niklas. (2005). *El derecho de la sociedad*, México, Herder.

MacCormick, Neil. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel.

Maña, Jean. (2013). “Panorámica sobre la práctica francesa de los estudios de impacto preparatorios de los proyectos de ley, después de la entrada en vigor de su nuevo marco constitucional y orgánico”, en: Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud (eds.) *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, Global Law Press/INAP.

Official Journal C 166. (1993). *Council Resolution of 8 June 1993 on the Quality of Drafting of Community Legislation*, The Council of the European Communities, 17 de junio de 1993. Recuperado de: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993Y0617\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993Y0617(01))>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2009). *Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence*, París, OECD Publishing.

- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2014). Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement, París, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing.
- Peces-Barba, Gregorio. (1998). *Introducción a la filosofía del derecho*, 5a reimp., Madrid, Debate.
- Real Decreto 931 de 2017. Por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales (España), 27 de octubre. «BOE» núm. 276, pp. 109376 a 109381, BOE-A-2017-13065.
- Robles, Gregorio. (1993). *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas.
- Rose-Ackerman, Susan. (2013). “Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?”, en: Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud (eds.) *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, Global Law Press/INAP.
- Ross, Alf. (1999). *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Ross, Alf. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- UK Parliament - Hansard Society. (1985). *"Lifting the Burden": White Paper*, 16 de julio de 1985.
- Wittgenstein, Ludwig. (2008). *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica.