

FILOSOFÍA Y DERECHO



Eficacia, efectividad y entramado normativo

Carolina Fernández Blanco

Pensar el derecho en diálogo
con las normas sociales
y las políticas públicas

Colección

Filosofía y Derecho

José Juan Moreso Mateos (dir.)

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

EFICACIA, EFECTIVIDAD
Y ENTRAMADO NORMATIVO

Pensar el derecho en diálogo
con las normas sociales y las políticas públicas

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

EFICACIA, EFECTIVIDAD Y ENTRAMADO NORMATIVO

**Pensar el derecho en diálogo
con las normas sociales
y las políticas públicas**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico *manuscritos@filosofiyderecho.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web *www.filosofiyderecho.es*.



La colección *Filosofía y Derecho* ha sido distinguida en 2017 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ, con mención especial de internacionalidad, promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Carolina Fernández Blanco

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

Tamayo y Baus, 7 - 28004 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 979-13-87913-42-7

Depósito legal: M-28192-2025

DOI: <https://doi.org/10.37417/eficacia-efectividad-y-entramado-normativo>

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: ENE ESTUDIO

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2025

A Julián, Dante, Clara
y a mi hermana Florencia,
porque aprendimos
que se hace camino al andar,
y porque sabemos
que de fondo siempre suena
You'll never walk alone

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1 EFICACIA, EFECTIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS: UNA INTRODUCCIÓN	19
1.1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS	22
1.2. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS	25
1.2.1. ¿Qué es una política pública?	25
1.2.2. La importancia de la eficacia en el ámbito de las políticas públicas	29
CAPÍTULO 2 EFICACIA COMO REALIZACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD	31
2.1. RELACIONES ENTRE CONDUCTAS INDIVIDUALES Y NORMAS RELEVANTES EN LA EFICACIA COMO REALIZACIÓN	33
2.2. EFICACIA COMO REALIZACIÓN: LA CUESTIÓN AGREGATIVA	37
2.3. ¿POR QUÉ UNA NORMA PUEDE SER INEFICAZ O TENER BAJA EFICACIA?	39
2.4. PROBLEMAS PARA EVALUAR EFICACIA COMO REALIZACIÓN DE CIERTOS TIPOS DE NORMAS	42
2.5. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS, EFICACIA E IDENTIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS SOCIALES ESPERADOS	45
CAPÍTULO 3 RELACIONES ENTRE EFICACIA COMO REALIZACIÓN Y EFECTIVIDAD	49
3.1. NORMAS EFICACES Y EFECTIVAS (NORMAS PROPIAMENTE EFECTIVAS)	50
3.2. NORMAS EFICACES, PERO NO EFECTIVAS	52

	Pág.
3.2.1. Normas eficaces, pero no efectivas por problemas el plano de la efectividad	53
3.2.2. Normas eficaces, pero no efectivas por problemas en la eficacia (el caso de las normas formalmente eficaces).....	56
3.3. NORMAS NO EFICACES, PERO EFECTIVAS (EFECTIVIDAD IMPROPIA).....	58
3.4. NORMAS CON BAJA O NULA EFICACIA QUE ADEMÁS NO SON EFECTIVAS.....	59
3.5. ALGUNOS CASOS ATÍPICOS DE INEFICACIA E INEFECTIVIDAD	61
CAPÍTULO 4 LA EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE NORMAS	65
4.1. FUNDAMENTO 1: EFICACIA COMO APLICACIÓN PARA RESOLVER LA INCONMENSURABILIDAD DE LA OBEDIENCIA.....	66
4.2. FUNDAMENTO 2: EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN COMO REALIZACIÓN FÁCTICA DE LAS CONDUCTAS OMITIDAS EN E1	68
4.3. FUNDAMENTO 3: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR DISUASIÓN INDIVIDUAL	69
4.4. FUNDAMENTO 4: EFICACIA COMO APLICACIÓN Y DISUASIÓN GENERAL	69
4.5. FUNDAMENTO 5: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR RESTITUCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO QUEBRANTADO	72
4.6. ESTADO DE DERECHO, SEGURIDAD JURÍDICA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS.....	73
CAPÍTULO 5 EFICACIA DE LAS REGLAS «ANTIDIRECTIVAS»: UNA VERSIÓN DE EFICACIA IMPROPIA Y OTRA DE EFICACIA HETERODOXA	77
5.1. INEFICACIA IMPROPIA POR LA IMPOSIBILIDAD DE «USO» DE UNA DE LAS ALTERNATIVAS QUE OTORGA LA REGLA ANTIDIRECTIVA ..	78
5.2. EL «USO» DE UNA DE LAS OPCIONES COMO EFICACIA HETERODOXA	80
CAPÍTULO 6 EFICACIA COMO FACTIBILIDAD (INEFICACIA POR RAZONES OBJETIVAS).....	83
6.1. EFICACIA COMO FACTIBILIDAD (E4) Y EFICACIA COMO APLICACIÓN (E2).....	86
CAPÍTULO 7 LA EFICIENCIA Y LOS EFECTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	89
7.1. LA EFICIENCIA COMO COSTE-EFECTIVIDAD.....	89
7.2. EFECTOS FUNCIONALES Y DISFUNCIONALES DE LAS NORMAS Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD	90

	Pág.
CAPÍTULO 8 LAS NORMAS INFORMALES Y LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS	95
8.1. LAS NORMAS INFORMALES EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y EN LA TEORÍA DEL DERECHO	95
8.2. DOS GRUPOS DE NORMAS INFORMALES (NO-JURÍDICAS) Y UNA INTRODUCCIÓN A LAS RELACIONES ENTRE NORMAS INFORMALES Y JURÍDICAS	99
8.2.1. Normas informales funcionales y disfuncionales, valiosas y disvaliosas	101
8.3. LOS CONTORNOS DE LAS NORMAS INFORMALES.	103
8.3.1. Hábitos convergentes y normas informales	103
8.3.2. Normas informales: distinción de las normas morales y las normas jurídicas.	107
8.3.3. Surgimiento, modificación y comunicación de normas sociales y normas internas comunitarias y una comparación con las normas jurídicas	108
8.3.4. Existencia, eficacia y validez de las normas informales y una comparación con las normas jurídicas	110
8.3.5. Sanciones e incentivos	113
8.3.6. Las normas informales antidirectivas	114
8.3.7. Aplicación y exigibilidad.....	116
8.3.8. Diferencias en cuanto a sus características como conjuntos	116
CAPÍTULO 9 RELACIONES ENTRE HÁBITOS CONVERGENTES, NORMAS INFORMALES Y NORMAS JURÍDICAS	119
9.1. CASO 1: HÁBITOS CONVERGENTES QUE SE TRANSFORMAN EN NORMAS SOCIALES Y VICEVERSA (ENFOQUE DINÁMICO).....	121
9.2. CASO 2: NORMAS JURÍDICAS QUE GENERAN NORMAS INFORMALES (ENFOQUE DINÁMICO).....	122
9.3. CASO 3: NORMAS INFORMALES QUE INCENTIVAN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS (ENFOQUE DINÁMICO).	125
9.3.1. Generación de normas e interpretación: el papel de las normas informales	126
9.4. CASO 4: NORMAS INFORMALES QUE AFECTAN A NORMAS JURÍDICAS (ENFOQUE ESTÁTICO).....	129
9.5. CASO 5: NORMAS JURÍDICAS QUE AFECTAN A NORMAS INFORMALES (ENFOQUE ESTÁTICO).	136
CAPÍTULO 10 A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN: EL LABERINTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS	139
BIBLIOGRAFÍA	143

INTRODUCCIÓN

Los problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas perturban seriamente la vida cotidiana de la población, dificultan el buen desempeño de los órganos del Estado, elevan los costos de transacción, impiden el goce efectivo de derechos y hacen fracasar políticas públicas bienintencionadas, solo por mencionar algunas consecuencias negativas muy claras. Del mismo modo, en un plano diferente, la ineficacia normativa es causante de muchos de los problemas del Estado de derecho, la seguridad jurídica e incluso genera dificultades vinculadas al desarrollo económico y humano. Sin embargo, en general, respecto de estos problemas, el fracaso de la eficacia y la efectividad no es identificado como central y en ocasiones ni siquiera es considerado como tal.

A pesar de la importancia fundamental de las ideas de eficacia y efectividad normativas, la preocupación jurídica por estos temas ha sido, generalmente, secundaria. Este lugar secundario no ha impedido, sin embargo, cierto desarrollo del tema y ha despertado el interés de dos grandes líneas de investigación: por un lado, desde la teoría del derecho se advierte un interés recurrente acerca de la eficacia y aportes muy relevantes (ROSS, 1970; NAVARRO, 1987, 1990 y 2017; NAVARRO y MORESO, 1996; HIERRO, 2003; BULYGIN, 2005; COMANDUCCI, 2022, entre otros) lo que permite contar con una base filosófica y dogmática sólida sobre el problema de la eficacia. No obstante, la producción desde la teoría del derecho, como es natural, ha sido más bien conceptual sin que estos estudios se destinaran a intentar un diagnóstico más preciso de las causas de la (in)eficacia ni de sus posibles soluciones. Con frecuencia la eficacia fue abordada por los teóricos del derecho para discutir conceptualmente sus vinculaciones con la validez o la existencia de las normas y a renglón seguido indicar que su estudio en profundidad era objeto de la sociología jurídica (HIERRO, 2010: 22).

La otra línea de investigación que mostró alguna disposición hacia el estudio de la eficacia tiene una impronta claramente vinculada a la sociología del derecho; así, desde estos estudios la descripción de los problemas se enfoca principalmente en aspectos histórico-sociológicos (véanse entre otros, NINO, 2005¹; GARCÍA VILLEGAS, 2009; CAO, 2007; BROOKS, 2003). Estos trabajos, por contraposición a los primeros, sí intentaron un acercamiento a las razones por las que puede producirse la ineficacia de las normas, sin embargo, lo hicieron de un modo muy amplio, apelando a enfoques sociales generales, a referencias a lo idiosincrásico de las sociedades o a explicaciones basadas en la dependencia de la historia. La orientación de estos intentos de explicación se ha posicionado siempre en la observación de las *actitudes de los sujetos normativos*; el otro lado, es decir, «el lado de la ley» y su relación con la eficacia prácticamente no ha recibido atención (una excepción es PISTOR y RICHARDS, 2003).

La idea de este libro es partir de las construcciones conceptuales propuestas por los teóricos del derecho para plantear luego, en el campo del análisis de por qué en ocasiones las normas no son eficaces, una visión intermedia en la que las explicaciones sobre la ineficacia sean más precisas y vinculadas, generalmente, con problemas normativos y en menor medida con la actitud de los sujetos frente a las normas. Esta versión intermedia se sustenta en la descripción de las tensiones y competencias que pueden darse entre los distintos subconjuntos normativos coexistentes en una sociedad (principalmente normas sociales, pero también otras categorías de normas informales).

Con relación a la efectividad de las normas, la cuestión ha sido todavía más desatendida por la teoría jurídica (con algunas excepciones como HIERRO) y por el derecho en general. Recién en los últimos años se ha comenzado a transitar algún camino de análisis jurídico sobre la efectividad, principalmente de la mano de las nuevas teorías de la legislación que proponen diversos deberes de justificación legislativa, algunos de ellos, vinculados con el logro de los objetivos para los cuales ha sido sancionada la norma (ATIENZA, 1997, 2013 y 2019; WINTGENS, 2012)².

El análisis de la eficacia y la efectividad tiene, en este trabajo, como ámbito de interés especial el del estudio de las políticas públicas desde una mirada jurídica. Las políticas públicas reúnen de una manera muy interesante un ámbito en donde estudiar conjuntamente la eficacia, la efectividad y la interacción de las normas jurídicas con las normas sociales o informales, ade-

¹ Evidentemente, Carlos NINO es considerado un teórico o filósofo del derecho; sin embargo, en el libro que ha tratado la cuestión de las causas de la ineficacia de las normas con más profundidad ha sido en *Un país al margen de la ley* (NINO, 2005) en el que el enfoque para explicar las causas de la anomia en Argentina es más bien histórico-sociológico.

² Desde la sociología jurídica, véase el trabajo de Lawrence FRIEDMAN (2016) sobre efectividad, que el autor denomina «impacto».

más de resultar un campo de especial utilidad para la solución de problemas económicos, sociales, ambientales, de salud, de justicia, etcétera.

Para comenzar a leer este libro hay que partir de una idea que no siempre resulta natural para los juristas: las normas sociales no siempre son funcionales al sistema jurídico; en la mayoría de las ocasiones en que una norma jurídica fracasa (no es eficaz y por lo tanto usualmente no es efectiva) se debe a la tensión o competencia que se establece entre las normas sociales y las normas jurídicas. Esta explicación, indiscutida en el ámbito del neo institucionalismo económico, por ejemplo, es compleja de asimilar (aunque no creo que sea compleja de entender y aceptar) en el ámbito jurídico en donde hemos aprendido desde el primer día de clases en las facultades de derecho que son las normas sociales las que dan de algún modo respaldo al sistema jurídico, sea mediante la posibilidad de reconocer el derecho (HART, 1994) o de que este sea eficaz (POSTEMA, 2012). La visión tradicional no es incompatible con la que aquí presentaré, simplemente en ocasiones las normas sociales cumplen esas funciones de soporte del sistema jurídico y en otras colisionan contra ciertas normas del sistema jurídico.

Me han preguntado algunos colegas al comentarles el proyecto de este libro ¿quiénes serán los lectores? Es una pregunta frecuente en nuestro ámbito y en este caso la respuesta es amplia pero condicionada: es para teóricos del derecho que estén dispuestos a caminar por las fronteras, es para hacedores e implementadores de políticas públicas que se animen a embarcarse en algunas cuestiones no muy complejas de teoría jurídica, es para personas formadas en análisis institucional que quieran abordar el institucionalismo desde una perspectiva jurídica, para sociólogos del derecho que perdonen mi atrevida intromisión en su campo y en general para quienes tengan alguna preocupación por la eficacia y la efectividad de las normas jurídicas, las normas sociales o las políticas públicas.

Se presentarán cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad, las políticas públicas y las normas sociales, todo ello desde una perspectiva que combina la teoría jurídica tradicional con algunos aspectos del institucionalismo y aportes provenientes de la teoría legislativa. Las cuatro versiones de eficacia que presentaré son las siguientes: (E1) Eficacia como realización; (E2) Eficacia como aplicación; (E3) Eficacia y «uso» de reglas antidirectivas y; (E4) Eficacia como factibilidad.

En el capítulo 1 se introducen los conceptos fundamentales de eficacia y efectividad en el contexto jurídico y su relevancia en la posibilidad de éxito de las políticas públicas. La eficacia, en una primera versión, se refiere a la adecuación entre normas y conductas (eficacia como realización), mientras que la efectividad examina si esas normas logran alcanzar los resultados sociales esperados. Entre estos dos conceptos existe una fuerte relación ya que una

norma eficaz si está bien diseñada, tiende a producir efectividad y a contribuir a las políticas públicas.

Los capítulos 2 a 6 exploran diversas caras o versiones de la eficacia normativa. El capítulo 2 analiza la forma más frecuente de referencia a la eficacia, la eficacia como *realización*, es decir, la capacidad de una norma para generar comportamientos que se adecuen a sus prescripciones. Se distingue en la eficacia como realización una versión en términos individuales y otra que contempla aspectos agregativos. El capítulo 3 propone distintas posibles relaciones entre eficacia como realización y efectividad. Se identifican normas que son eficaces y efectivas, eficaces pero no efectivas, ineficaces pero efectivas, así como los casos en que las normas son tanto ineficaces como inefectivas.

En el capítulo 4 se aborda otro tema clásico de la eficacia: el de la eficacia mediante la aplicación de las normas. La perspectiva de este capítulo es, principalmente, en vinculación con la eficacia como realización. Se exponen diferentes fundamentos para entender la eficacia como aplicación o mediante la aplicación de las normas: desde la disuasión individual hasta la restitución del orden jurídico. También se refiere al papel del Estado de derecho y la seguridad jurídica en este proceso.

El capítulo 5 presenta un aspecto innovador de la eficacia, referido al estudio de la eficacia en las llamadas reglas «antidirectivas» (SHAPIRO, 2011: 146) y el uso de las opciones preferidas por el legislador en este tipo de reglas. Se exploran las características de las reglas antidirectivas, aquellas que ofrecen alternativas de comportamiento, y cómo su eficacia puede medirse en términos heterodoxos. Además, la capacidad de los sujetos de elegir entre alternativas es un modo en el que se puede evaluar la eficacia normativa para este tipo de reglas.

El capítulo 6 finaliza la exploración de la eficacia con un abordaje también diferente, el de la eficacia como factibilidad (o su versión opuesta, la «ineficacia por razones objetivas»). Este capítulo examina la eficacia desde una perspectiva de factibilidad, ya no de capacidad de motivación de conductas, y se presenta el modo en el que las limitaciones objetivas pueden hacer que una norma sea ineficaz.

El capítulo 7 trata muy sucintamente la cuestión de la eficiencia, su vinculación con la eficacia y la efectividad y aborda también el tema de los *efectos* de las normas jurídicas que se diferencian de sus propósitos o resultados esperados (efectividad).

En el capítulo 8 se realiza un extenso análisis de las normas informales y se distingue entre dos conjuntos normativos informales: las normas sociales y las normas internas comunitarias. Se examina cómo las normas informales pueden reforzar o competir con las normas jurídicas, influyendo en su eficacia y efectividad.

Finalmente el capítulo 9 realiza un análisis pormenorizado de las posibles relaciones entre hábitos convergentes, normas informales y normas jurídicas desde una perspectiva dinámica (de generación o incentivo para la creación) y desde una perspectiva estática (de afectación). Esta última relación de afectación es la que resulta más relevante en la explicación de los problemas de eficacia y efectividad.

Este libro reúne partes de mi tesis doctoral³ y de manera ampliada y modificada algunas publicaciones realizadas con posterioridad⁴; sin embargo, la forma en que está estructurado y combinado resulta en un esquema innovador respecto de las publicaciones individualmente consideradas.

Quiero agradecer, antes de terminar esta introducción a quienes desde el inicio de mi actividad académica me dieron un apoyo permanente e importantísimo. En este sentido no puedo dejar de mencionar a Jordi Ferrer Beltrán, Diego Papayannis y Carmen Vázquez, quienes me abrieron generosamente las puertas de la Universidad de Girona. En el mismo sentido estoy en deuda con todos mis compañeros y compañeras de la Universidad de Girona (los de antes y los de ahora) y con los grupos de otras universidades con los que he trabajado intercambiando ideas. Agradezco especialmente a Daniel Oliver-Lalana, Daniel Mendonca y José Juan Moreso por la seria lectura y discusión de mi tesis doctoral de la que este texto es un desprendimiento con muchas modificaciones. Por otra parte, todos los capítulos que integran este libro han sido discutidos con muy queridos colegas a los que también agradezco, entre ellos, María Victoria Kristan, Lorena Ramírez, Alba Lojo, Sebastián Figueroa, Andrej Kristan, Matja Zgur (con quienes compartimos el interés sobre normas sociales); también estoy en deuda con Jorge Baquerizo, Diego Papayannis, Víctor García-Yzaguirre, Piero Di Mattei, Henry Reyes, Lucila Fernández Alle, Esteban Pereira, Pablo Rapetti, Francesco Ferraro, Matías Parmigiani, Laura Manrique, Diego Dei Vecchi, Alexander Vargas, Marianela Delgado, Emma Calderón, Edgar Aguilera, Natalia Scavuzzo, Pablo Navarro, Marco Segatti, Maribel Narváez, Marcela Chahuan, Jaime Oportus y muchos otros

³ FERNÁNDEZ BLANCO, C., 2018. *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*. Universitat de Girona. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/482041>

⁴ El punto 1.2 es una versión reducida y modificada de FERNÁNDEZ BLANCO, C., «Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas», *Diritto & Questioni Pubbliche* 2/2021, enero 2022: 7-30; los capítulos 2 a 7 son un desarrollo con importantes variaciones y ampliaciones de FERNÁNDEZ BLANCO, C., Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad (*Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD)*). Núm. 26, diciembre de 2023: 47-75; y los capítulos 8 y 9 son también versiones mucho más extensas y actualizadas de FERNÁNDEZ BLANCO, C., «Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 42, 2019: 259-282) y FERNÁNDEZ BLANCO, C. y KRISTAN, M.V., «Mind the Gap. The Power of Social Norms in Gender inequality in Europe: When Law Is Not Enough», *European Law Journal*, 2025 31: 6-21.

colegas muy queridos con los que he discutido algunos tramos de este libro o que me han ayudado de muy diversas maneras.

Finalmente agradezco desde lo más profundo a Julián, Dante y Clara porque sin ellos nada de esto tendría sentido. También a los que están incondicionalmente del otro lado del Atlántico: mis padres, mi hermana Florencia, mis tíos, primos y sobrinos (los de sangre y los escogidos) y, por último, pero no menos importante, a mis amigas y amigos, los de aquí, los de allá, los de siempre y los que siguen llegando. Todos ellos hacen mi mundo mucho mejor.

CAPÍTULO 1

EFICACIA, EFECTIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS: UNA INTRODUCCIÓN

Para facilitar la lectura de este trabajo adelantaré aquí los conceptos más básicos de eficacia y efectividad con los que trabajaré y que luego iré presentando en términos más complejos y adicionando algunos matices y características. Evidentemente no hay una sola versión acerca de qué es eficacia y qué es efectividad y muchas otras conceptualizaciones son igualmente aceptables. Las que aquí consideraré son, sin embargo, respaldadas por rigurosos trabajos académicos, consistentes entre sí y útiles para la forma en que se ha escogido el desarrollo de este trabajo.

Muy sucinta y superficialmente: una norma general (N) es *eficaz* si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (NAVARRO, 1990: 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma (NAVARRO, 1990: 23). De este modo, utilizaré, en principio, el vocablo «eficacia» para hacer referencia a diferentes relaciones entre normas y conductas (KELSEN, 1982¹; NAVARRO,

¹ Kelsen asigna a la noción de eficacia un doble sentido; por un lado, el que se ha descrito en el texto y que se relaciona de manera genérica con la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a lo prescripto por las normas. El segundo sentido mencionado por Kelsen se vincula con «[...] el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales —esto es, que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto—» (KELSEN, 1982: 25). Se volverá sobre esta idea de Kelsen más adelante. Alf Ross solo asigna al concepto de eficacia un sentido similar al segundo sentido kelseniano: para Ross no hay una eficacia como acatamiento u obediencia y otra como aplicación, dado que los jueces son los únicos destinatarios de las normas jurídicas solo ellos pueden obedecerlas o no y lo hacen mediante la aplicación (Ross, 1970: 34 y ss.). Por su parte, COMANDUCCI ha entendido que lo que aquí llamamos eficacia es solo una mirada hacia el pasado tanto para su acatamiento como para su aplicación y cuando pretendemos hacer predicciones sobre el comportamiento

1990 y 2017; NAVARRO y MORESO, 1996), y emplearé el término «efectividad» para referirme a la vinculación entre la conducta prescrita por la norma y el resultado social obtenido².

El diagnóstico adelantado al inicio de la introducción sobre la importancia de la eficacia para la sociedad, la economía y la vida pública en general, entiendo que no presentará demasiadas objeciones al menos entre quienes entendemos el derecho (el derecho legislado) desde una perspectiva instrumentalista en el que este se concibe como una serie de normas y reglas que el parlamento sanciona para conseguir objetivos específicos de política pública (VAN KLINK, 2019: 173). En otras palabras, «(L)a legislación es simplemente una herramienta de regulación, es decir, una herramienta dentro del proceso por el que se llevan a cabo las políticas gubernamentales, en el grado y hasta el punto pretendidos por el gobierno» (XANTHAKI, 2019: 90-91). Para que esas políticas gubernamentales puedan llevarse a cabo es necesario, usualmente, que de manera previa los comportamientos se adecúen a la norma. Por eso se sostiene habitualmente que el principal objetivo del derecho es guiar la conducta de los sujetos.

Aquí debo hacer una aclaración relevante: en este trabajo me referiré a normas de una manera genérica sin distinguir, por lo general, entre enunciados normativos y normas. Asumo, sin embargo, en ciertas partes del trabajo, que no hay una única correlación posible entre disposición normativa y norma (GUASTINI, 1992: 23-25). Por lo que dos enunciados o disposiciones normativas pueden enunciar la misma norma, o un mismo enunciado puede contener más de una norma por regular diferentes situaciones o debido a interpretaciones diferentes. En todo caso, la utilización genérica de la idea de *norma* intenta facilitar la lectura y evitar discusiones que no son centrales para este trabajo. En ciertos casos cuando el contexto lo requiera realizaré aclaraciones sobre a qué me estoy refiriendo con *norma*.

Se partirá de la idea —ampliamente aceptada, aunque no indiscutida— de otorgar a las normas jurídicas el propósito *general* de guiar la conducta de las personas; pero además de ese propósito general, cada norma o grupos de normas tienen otros fines más *específicos* (guiar la conducta en el sentido *X* con el propósito de resolver o prevenir el problema *P* o incentivar la situación *S*).

Por ello, el tratamiento conjunto de la eficacia, la efectividad y las políticas públicas se presenta como un enfoque relevante. De acuerdo con esta

futuro de jueces y habitantes estamos refiriéndonos a la *vigencia*. Así sostiene este autor que: «[...] cuando decimos que una norma jurídica es eficaz, estamos afirmando que ha sido aplicada o acatada en el pasado; cuando decimos que una norma jurídica es vigente, estamos afirmando que será aplicada o acatada en el futuro» (COMANDUCCI, 2022: 221)

² Liborio HIERRO (2003) utiliza la expresión «eficacia como éxito» para referirse a lo que yo llamo efectividad. A pesar de llamarlo de un modo diferente el concepto general al que se alude es básicamente el mismo.

visión instrumentalista acerca del derecho legislado, las normas están, al menos en parte, justificadas en su emisión si alcanzan finalmente los objetivos o resultados esperados y contribuyen a la política pública que integran. Es decir, está al menos parcialmente justificada la sanción de una ley, si las normas (o la norma) que se interpreta que ella enuncia son eficaces y han conducido o contribuido a lograr los resultados esperados. Así, el estudio de la eficacia que se propondrá está asociado, de manera fuerte, a la posibilidad de que la eficacia conduzca a la efectividad. Por ello, las versiones de eficacia que identificaré tienen sentido en tanto y en cuanto la realización de la conducta o su omisión promueven la efectiva concreción de los resultados esperados.

Entenderé, por lo tanto, a la efectividad, en términos generales, como la situación que se presenta cuando las normas son eficaces y conducen a los resultados sociales, económicos o de justicia esperados³. Desde esta perspectiva, considero que la regulación de las conductas no es generalmente un fin en sí mismo, sino que, habitualmente es instrumental y debería ser posible encontrar una respuesta a la pregunta de «por qué» o «para qué» se regula la conducta de esa manera⁴. A veces, encontraremos fines o propósitos vinculados con objetivos sociales o económicos muy concretos (se dicta la norma X para promover que las vacunas lleguen a toda la población), otras veces, en cambio, esos fines tendrán más vinculación con valores o con razones de justicia (se sanciona una ley que prohíbe la discriminación o que penaliza la negación del holocausto judío o *Shoah*).

Si bien no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, sí existe una alta convergencia entre normas eficaces y efectivas que está condicionada al buen diseño de la norma (principalmente a una adecuación de medios a fines). Es decir, en los casos en los que existen correctos diseños legislativos y un volumen adecuado de conductas conformes a la norma, estas conductas conducen generalmente a la producción de los resultados esperados, por lo que entenderé, que en la mayoría de las ocasiones la eficacia es requerida para la efectividad.

En síntesis, para finalizar este primer contacto con las nociones de eficacia y efectividad, entiendo que las normas no solo tienen el objetivo inmediato de

³ Me referiré a propósitos, objetivos, fines, resultados y razones subyacentes de un modo intercambiable. Si bien todas las formas de identificar estos fines son problemáticas, pues estamos atribuyendo características volitivas a un objeto o artefacto como la ley, es generalmente aceptada la metáfora de que las leyes tienen fines u objetivos (véase MARTÍNEZ ZORRILLA, 2010: 72). Más adelante abordaré la problemática de la identificación de estos propósitos o fines normativos.

⁴ No debe confundirse la posición asumida aquí, que entiende que las leyes tienen un fin instrumental, sea fáctico o basado en consideraciones de justicia, con el llamado «instrumentalismo jurídico», en su versión más ingenua, por el cual, diversas escuelas de pensamiento jurídico asumieron que el legislador actuaba como un ingeniero social capaz de modificar siempre la sociedad en el sentido buscado (véase VAN AEKEN, 2011: 47). Esta crítica al instrumentalismo jurídico subyace también a muchos de los cuestionamientos que recibieron desde dentro y fuera del propio movimiento los pensadores de la primera época del movimiento del «Derecho y Desarrollo» (véanse, entre otros, TRUBEK y GALANTER, 1974 y TRUBEK, 2014).

motivar conductas al que se ha volcado principalmente la atención de la teoría jurídica mediante el estudio de la eficacia, sino también un fin último, que llamaré *efectividad*, vinculado con alcanzar ciertos *resultados* (R) sociales, económicos o de justicia. Las políticas públicas, al componerse básicamente de normas jurídicas, tienen como condición necesaria (aunque no suficiente) para ser exitosas que el conjunto de normas y reglas que las integran sean efectivas y por ello generalmente de manera previa, eficaces.

El tipo de normas que aquí resultan de interés son principalmente aquellas que establecen obligaciones, prohibiciones, pero también las que establecen permisos, potestades o poderes⁵, es decir, por un lado, interesan las normas prescriptivas y por otro lado las que, siguiendo a Shapiro, llamaré reglas *antidirectivas* (SHAPIRO, 2011: 146)⁶. «La referencia general a reglas jurídicas antidirectivas engloba a aquellas reglas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ella se les hace saber que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción» (SHAPIRO, 2011: 146)⁷.

1.1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Si pensamos en cualquier política pública implementada en nuestro entorno podremos advertir que algunas han sido más exitosas que otras y que respecto de ciertas políticas públicas podemos predicar fracasos rotundos. Esa diversidad de resultados puede obedecer principalmente a dos cuestiones: a problemas en la eficacia o a problemas en la efectividad de las normas jurídicas que integran la política pública. También la eficiencia y los efectos no buscados de las normas o leyes pueden tener alguna incidencia en los resultados, pero suelen tener un impacto menor (sobre estos dos temas, véase capítulo 7).

Presentaré a continuación, con algo más de profundidad, qué entiendo por «eficacia» y «efectividad». Seguiré el lenguaje más utilizado por los teóricos del derecho de habla castellana y daré inicialmente el siguiente uso a los vocablos en cuestión⁸:

⁵ Las normas que confieren potestades y poderes, así como las normas de competencia son consideradas por algunos autores como normas que confieren permisos, pero muchos otros también entienden que no pueden asimilarse y que deben ser considerarse como de distinta naturaleza. Para una visión completa de este debate, véase FERRER BELTRÁN, 2000.

⁶ El uso del neologismo «antidirectivas» se puede justificar pues cumple una función de síntesis evitando la tediosa lectura de un listado amplio de tipos de reglas, como «reglas que confieren permisos», «derechos», «potestades», «facultades», etcétera.

⁷ No me ocuparé en este trabajo de la eficacia de otro tipo de normas, pero hay interesantes enfoques sobre el tema como el trabajo de LOJO (2023) sobre eficacia de las normas constitutivas.

⁸ Es necesario aclarar que sigo aquí el lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana ya que en italiano, por ejemplo, los términos eficacia y efectividad se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí. Asimismo, desde la sociología del derecho se atribuye a la

a) *Eficacia*: Una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (NAVARRO, 1990: 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma (NAVARRO, 1990: 23). La eficacia, en un primer sentido y el más difundido se refiere a una relación entre normas y conductas.

b) *Efectividad*: En términos generales (hay algunas excepciones), una norma (N) es efectiva cuando la conducta que ella obliga, prohíbe o autoriza (C) *es realizada* por los sujetos y *conduce* al resultado social o económico inmediato y/o mediatos que se espera con su sanción (R). Es decir, la efectividad de las normas jurídicas «consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone» (HIERRO, 2003: 160).

La efectividad contempla *resultados inmediatos y/o mediatos*, estos resultados buscados pueden variar con el tiempo: no son solo aquellos que el legislador *asignó* originalmente a la norma o al conjunto de normas (si es que esto pudiera atribuirse de algún modo al legislador), sino que diversas interpretaciones pueden asignar a esa norma o conjunto de normas un resultado social o económicamente valioso de manera sucesiva o simultánea con aquel que es plausible de ser atribuido a la actividad legislativa.

Para entender mejor qué tipo de resultados son los que aquí interesan se podría adelantar que son el tipo de fines o propósitos frecuentemente individualizados al realizarse un análisis de razonabilidad o proporcionalidad de las normas. Por ejemplo, si N1 dispone que las listas electorales deberán integrarse a partir de ahora con un 30 por 100 de mujeres podemos asumir que R1 es «revertir un largo historial de discriminación de las mujeres en la actividad política» y R2 «incentivar a las mujeres a presentarse a cargos electorales». Probablemente podamos también encontrar en R3 un fin temporalmente más inmediato, por ejemplo, «que en la próxima renovación del parlamento se incremente en un porcentaje X la presencia de mujeres elegidas». Todos estos resultados (R1, R2, R3, RN) se diferencian de las conductas prescriptas y, en una situación de correcto diseño normativo existe entre C1 y R1, RN una relación de medios a fines.

Para los sujetos normativos, R1 (R2, RN) son propósitos o finalidades que podrían resultarles distantes en términos temporales, afectivos o de motivación, incluso es posible que los desconozcan. Para lo que resulta relevante en este capítulo podemos asumir que es posible que S1 actúe de acuerdo a N1 realizando la conducta C1 y sin embargo, R1 le resulte repudiable, indiferente, solo mínimamente importante o incluso desconocido (el presidente de un

«efectividad» de una norma lo que aquí refiero como «eficacia» (JEAMMAUD, 1984: 6), mientras que la «eficacia» es entendida como «el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron» (JEAMMAUD, 1984: 6 y en igual sentido GARCÍA VILLEGAS, 1993: 99).

partido político podría cumplir con integrar las listas con un 30 por 100 de mujeres y lo hace en cumplimiento de N1 pero en realidad, que se revierta un largo historial de discriminaciones le resulta indiferente o incluso le resulta repudiable). El ámbito de los sujetos normativos es típicamente la eficacia mientras que el ámbito de los legisladores es tanto la eficacia como la efectividad. Por su parte, los jueces parecen revisar en muy pocas ocasiones la eficacia para evaluar la constitucionalidad de una ley, pero sí revisan, en ocasiones, al realizar los análisis de razonabilidad o proporcionalidad, que las normas conduzcan a los resultados esperados, y en ese análisis abordan parcialmente la cuestión de la efectividad.

Lo anterior no excluye, lógicamente, que los sujetos puedan tener conciencia de cuáles son los objetivos de política pública buscados por el legislador y que cumplan con las normas (a pesar de que el cumplimiento pudiera ser costoso o inconveniente para ellos) para apoyar el objetivo de política pública buscado. Separamos los residuos y esto tiene un coste en varios sentidos: perdemos tiempo y espacio en nuestras viviendas, debemos dirigirnos a los contenedores especiales, pensar en ciertos casos dónde arrojar determinado envase, etcétera. Por otra parte, es altamente improbable, en muchas partes del mundo, que seamos sancionados por no reciclar residuos, por lo que el cumplimiento de la norma no se vincula en este caso con la eficacia como aplicación (véase capítulo 4); si nos tomamos todas las molestias para separar residuos es porque (entre otras posibilidades que han descripto los autores, véase 2.3) entendemos que hay mejoras necesarias para con el medio ambiente y que parte de estas mejoras se logrará separando los residuos. En otra parte he apoyado la idea de que los objetivos de las leyes (R1, R2, R3, etcétera) deberían hacerse lo más transparente posibles a los sujetos pues esto contribuiría a la eficacia normativa⁹.

Para ciertas normas la eficacia y la efectividad se producen de manera sincrónica, pues el resultado se alcanza con la mera realización de la conducta ordenada o la omisión de la conducta prohibida. Se trata de normas que prescriben conductas que pueden concebirse como fines en sí mismas o cuya producción genera de forma inmediata el estado de cosas buscado; por contraposición a la mayoría de las normas que integran políticas públicas, que tienen propósitos que se realizan de forma diacrónica. En el caso de la prohibición de homicidio, por ejemplo, el cumplimiento de la norma que prohíbe matar podría verse como el resultado exitoso de ambos tramos (eficacia y efectividad), pues al menos el resultado esperado más directo (no quitar la vida a otra persona), se cumple con la sola adecuación de la conducta a lo ordenado por la norma. Por el contrario, en el ejemplo del reciclaje de residuos la eficacia y la efectividad se presentan en forma diacrónica (dado que un alto porcentaje

⁹ Véase FERNÁNDEZ BLANCO, 2023b.

de la población ha separado consistentemente el plástico de otros residuos se ha reducido la contaminación por plástico en la zona Z en un porcentaje X)

La efectividad absoluta (en el sentido de alcanzar por completo los resultados esperados) es muy difícil de conseguir y algo similar ocurre con la eficacia. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que, aun cuando se haga referencia a normas eficaces y/o efectivas siempre se estará realizando una evaluación sobre la consecución de ciertos *grados estadísticos* aceptables de eficacia y efectividad (y lo mismo ocurre para el caso contrario, es decir, cuando se hace referencia a normas ineficaces o inefectivas). Se debe aclarar que es posible asignar distintos grados de eficacia a una norma a nivel estadístico o agregativo, sin embargo, a nivel individual (o caso a caso) la norma se cumple o no se cumple y no es posible identificar diferentes grados de cumplimiento como sí lo es a nivel agregativo. Por ejemplo, si una persona publica un artículo periodístico negando la existencia del sistema de campos de concentración de Auschwitz, la norma que prohíbe el negacionismo sería ineficaz en ese caso concreto, aunque no lo sea a nivel agregativo o estadístico (la mayoría de las personas no niegan públicamente el holocausto).

1.2. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS

La noción y el estudio de las políticas públicas, al menos tal como se las entenderá en este trabajo, no es demasiado antigua. Como explican SUBIRATS y sus coautores, es recién a partir de la década de 1930 y sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, con el desarrollo del Estado de bienestar, que el sector público empezó a plantear intervenciones directas y puntuales ante problemas concretos (SUBIRATS *et al.*, 2012: 39).

Dado que, casi siempre, las políticas públicas se adoptan por medio de normas generales¹⁰, el estudio de la eficacia y la efectividad de esas normas resulta relevante y ha sido omitido por la mayoría de los estudios sobre el tema. Propondré a continuación una posible definición de «política pública» y sus elementos esenciales; luego introduciré, de manera genérica la relación entre eficacia y efectividad de las normas y el éxito de las políticas públicas.

1.2.1. ¿Qué es una política pública?

Las políticas públicas como todo objeto de estudio complejo presentan la dificultad de encontrar una definición aproximativa que cuente con algún gra-

¹⁰ Hay casos esporádicos de creación e implementación de políticas públicas a través de sentencias judiciales, pero justamente por su baja frecuencia no serán de interés para este trabajo y, además, en general, luego de esas sentencias se dictan normas generales para su implementación.

do consenso. La idea que seguiré es la de asumir una aproximación a las políticas públicas que no sea demasiado general y que nos permita, por lo tanto, diferenciar este concepto de otro tipo (o de cualquier tipo) de intervenciones o decisiones gubernamentales o legislaciones¹¹.

Con algunas reservas que luego se expondrán, seguiré a SUBIRATS, KNOEPFEL, LARRUE y VARONE (2012) en la aproximación al concepto de políticas públicas. De acuerdo con estos autores las políticas públicas se tratan de:

Una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores públicos y a veces no públicos —cuyos recursos, nexos institucionales, e intereses varían— a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales) (SUBIRATS *et al.*, 2012: 38).

Continúan explicando los autores que los resultados deseados dependerán de un conjunto de decisiones complejas que se encadenan del centro a la periferia y que incorpora las decisiones correspondientes a todas y cada una de las etapas de la acción pública e incluye tanto reglas generales y abstractas (leyes, decretos, órdenes, etcétera), como actos individuales y concretos producidos durante la ejecución de la política pública (decisiones administrativas, autorizaciones, subvenciones, etcétera) (SUBIRATS *et al.*, 2012: 39).

Tengo algunas consideraciones que realizar con respecto a la definición de políticas públicas antes transcrita:

a) Es imprecisa la referencia a un «grado de obligatoriedad variable». En efecto, es posible que las políticas públicas incluyan algunas conductas obligatorias y otras (generalmente en cabeza de los beneficiarios finales) que son potestativas; sin embargo, aquellas conductas que son obligatorias —las que, por otra parte, constituyen la mayoría de las conductas necesarias para realizar una política pública— no son «variablemente» obligatorias. Jurídicamente no es posible sostener esta concepción: las conductas o son obligatorias (bajo ciertas circunstancias) o no lo son. Claro que esto puede variar respecto a diferentes sujetos o situaciones, pero no hay una posible gradualidad en este sentido. Con esta aclaración en mente, sí es interesante que se incorpore la idea de que pueden existir en las políticas públicas conductas no obligatorias, como dije, generalmente en cabeza de los beneficiarios finales (v.gr. los poten-

¹¹ Una concepción bastante difundida pero demasiado amplia es la de PETERS, que define a las políticas públicas como «el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos» (PETERS, 1982). El problema de estas aproximaciones es que finalmente resultan confundidos los conceptos de política pública y legislación en sentido amplio.

ciales beneficiarios de un programa vacunación pueden optar por aplicarse la vacuna o no hacerlo en los países en donde la vacunación no es obligatoria).

b) La segunda objeción que plantearé a la definición de SUBIRATS y sus coautores es conceptual: no parece una característica universal de las políticas públicas que las soluciones de los problemas colectivos requieran necesariamente de *la modificación de la conducta de los grupos sociales a los que se atribuye el origen de los problemas que se quieren corregir*. En primer lugar, no siempre es posible identificar un grupo social al que supuestamente atribuir el origen del problema social. ¿Cómo determinar, por ejemplo, qué grupo social es el que origina problemas tan amplios como *la pobreza o el fracaso escolar*? En segundo término, hay problemas sociales que no dependen necesariamente de la actividad de un grupo identificado o identificable y que pueden provenir de causas naturales como inundaciones, sequías, terremotos, pandemias, etcétera. En otras ocasiones es el contexto internacional el que promueve la aparición de un problema social y, en estos casos, las políticas públicas pueden no tener la capacidad de modificar conductas de grupos sociales, aunque pueden solucionar el problema de otra forma (v.gr. redistribuyendo recursos).

c) Además, aunque el grupo social originador del problema esté identificado o sea identificable, no siempre se requiere respecto de ese grupo una *modificación de conducta*, aunque sí es posible, en ocasiones, encontrar que los costes (no necesariamente económicos) de la política pública puedan recaer sobre ese grupo. Esto último no excluye, sin embargo, la posibilidad de que los costes de esa política sean distribuidos de manera más amplia entre toda la sociedad y que recaigan parcialmente, incluso, en los beneficiarios de la política pública.

d) Finalmente, pareciera que las políticas públicas pueden implementarse con el propósito no solo de resolver problemas colectivos sino también de prevenir su aparición.

Conjugando la definición inicial con las críticas y apreciaciones expuestas, propongo reformular la aproximación a la definición de qué es una política pública o qué elementos componen una política pública. Lo haré, sin embargo, *desde una perspectiva jurídica*. Así, una política pública puede ser entendida jurídicamente como comprensiva de los siguientes elementos:

- Una serie de decisiones y/o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos, tanto locales como globales.

- Que tiene como propósito u objetivo resolver o prevenir la aparición de un problema específico políticamente definido como colectivo.

- Que se implementa a través de reglas generales y abstractas (normas jurídicas de carácter general) que establecen obligaciones y prohibiciones principalmente. La mayor parte de los sujetos destinatarios de esas normas

suelen ser empleados o funcionarios del Estado (de aquí en adelante me referiré a todos los actores estatales como *agentes estatales*) o terceros a los que el Estado asigna funciones en la política pública (un contratista en una obra pública, un laboratorio proveedor de una vacuna, etcétera). También es posible que los habitantes o un grupo de ellos sean destinatarios de normas jurídicas que imponen prohibiciones u obligaciones sin ser los beneficiarios finales (v.gr., las normas que prohíben fumar en los espacios públicos cerrados: la prohibición recae en los fumadores pero los beneficiarios finales son los «no-fumadores») o que los propios destinatarios finales de la política pública sean sujetos de normas que establecen obligaciones o prohibiciones (por ejemplo, la obligación de utilizar casco en las motocicletas).

— Esas normas generales y abstractas pueden también establecer potestades, derechos, permisos, etcétera. De este último tipo de normas, que identifico como *anti—directivas* (SHAPIRO, 2011: 146), son destinatarios generalmente de manera exclusiva los beneficiarios finales de la política pública (pueden vacunarse o no hacerlo, escoger alimentos identificados como saludables o no hacerlo). También los beneficiarios finales serán sujetos de diversas normas técnicas.

— En el transcurso de la implementación y desarrollo de la política pública esas normas generales (tanto las prescriptivas como las antidirectivas) requerirán de la producción de actos jurídicos (por ejemplo, la celebración de contratos entre el Estado y los terceros involucrados en la política pública) y muy probablemente del dictado de normas jurídicas no generales (decisiones judiciales y administrativas, autorizaciones, excepciones, etcétera).

— Los beneficiarios finales son aquellas personas que padecen las consecuencias negativas del problema que se quiere resolver o que serían afectados por el problema que se intenta prevenir. Generalmente son grupos sociales identificados o identificables, pero en oportunidades es la sociedad en general (por ejemplo, en las políticas públicas relativas a la disminución del CO₂).

Por otra parte, y para finalizar este punto, podemos pensar en una primera vinculación entre normas jurídicas y políticas públicas. Así las normas jurídicas que integran una política pública pueden dictarse con el propósito de establecer o promover una política pública antes inexistente (v.gr. aumentar los índices de escolaridad, disminuir las barreras para la inversión privada, solucionar un problema concreto de salud pública, etcétera); para corregir la falta de resultados, los pobres resultados o los resultados no esperados de normas jurídicas preexistentes que integraban la política pública; o para dejar sin efecto una norma o un conjunto de normas por las que se implementó una política pública en el pasado. La opción de derogación podría darse en escenarios en donde el resultado buscado por las normas ya estuviese cumplido y no fuese necesario o fuese ineficiente mantenerlas vigentes, o cuando el resultado buscado dejase de tener interés o fuese considerado disvalioso.

1.2.2. La importancia de la eficacia en el ámbito de las políticas públicas

Las normas jurídicas como elementos esenciales de las políticas públicas resultan incuestionables. En este sentido, expresa PÉREZ SÁNCHEZ que las normas jurídicas:

[c]onstituyen el único recurso propio y exclusivo del Estado [...] desde un punto de vista instrumental, es a través de las normas jurídicas que los poderes públicos autorizan y establecen las actividades que constituyen las políticas públicas, al mismo tiempo que limitan la discrecionalidad en la actuación del personal político y funcional (PÉREZ SÁNCHEZ, 2005: 54).

A pesar de la importancia de las normas jurídicas como «instrumentos», «viabilizadoras» o «envases» de la política pública y como límite a las autoridades, el análisis de estas ha omitido generalmente todo interés por las cuestiones jurídicas, en general y por el análisis de las normas, en particular. En efecto, históricamente, los analistas de políticas públicas han priorizado la lógica de mercados y el análisis de eficiencia. Desde los años sesenta, el análisis coste-beneficio era clave en muchos círculos (PÉREZ SÁNCHEZ, 2005: 45). En los setenta, la Teoría de la Elección Pública se centró en procesos de decisión similares al mercado en ciencias políticas (PÉREZ SÁNCHEZ, 2005: 46) y luego los programas universitarios en Estados Unidos se volcaron más en cuestiones cuantitativas y fueron dominados por la microeconomía y enfocados en el ejercicio profesional y el *management* (PÉREZ SÁNCHEZ, 2005: 48).

Es posible afirmar, sin que parezca demasiado aventurado, que cualquier estudio sobre los resultados de las políticas públicas que omita el análisis del comportamiento de los sujetos con relación a lo que las normas disponen (las normas que implementan la política pública), tendrá en cierto sentido, una carencia epistémica por omitir indagar qué pasó con aquello que constituye uno de los puntos de partida fundamentales de la puesta en marcha de la política pública.

El modo en que se articulan las políticas públicas a través de las normas jurídicas nos brinda un ámbito para el análisis de la eficacia que resulta particularmente atractivo. Este campo se presenta principalmente respecto del cúmulo de normas dirigido a funcionarios, empleados públicos y terceros asignados a la implementación o gestión de la política, ya que se trata de normas cuyos sujetos normativos son identificados o identificables, numéricamente limitados y a los que se imponen conductas mayormente de hacer que se presentan en ocasiones particulares. En este contexto es más fácil identificar qué normas son aplicables y, por lo tanto, también se facilita el análisis de la eficacia¹².

¹² Es de alguna forma el caso opuesto a lo que veremos más adelante como un problema para evaluar la eficacia que se ha llamado «la inconmensurabilidad de la obediencia» (HIERRO, 2003).

De acuerdo con NAVARRO, las normas aplicables forman el rango de significación de la propiedad eficacia, esto implica aceptar que el enunciado «la norma N es eficaz» carece de valor de veritativo si N no es aplicable. Para este enfoque, que el autor denomina «Tesis del Rango de Significación», solo bajo la hipótesis de que una norma N sea aplicable las propiedades ineficaz y eficaz son conjuntamente exhaustivas (NAVARRO, 2017: 63). Si una norma N se dirige a una clase de sujetos S, entonces todas las acciones ejecutadas por sujetos que no son parte del grupo de los S son irrelevantes para la eficacia o ineficacia de N (NAVARRO, 2017: 69). Pero lo más importante es lo que sigue:

[s]upongamos que una norma N prescribe a un sujeto x ejecutar una acción A. Aunque un sujeto z ejecute A, este hecho no sería considerado una confirmación de la verdad del enunciado de eficacia «N es eficaz». Por el contrario, la verdad de «x hace A» es relevante para confirmar la verdad de ese enunciado de eficacia (NAVARRO, 2017: 69).

Por lo tanto, en situaciones en las que la aplicabilidad externa e interna de una norma está claramente determinada y resulta relativamente fácil establecer si efectivamente «x hace A» el análisis de la eficacia se vuelve notoriamente más sencillo y significativo.

Se ha señalado, con acierto, que el mundo jurídico suele incurrir en lo que se ha bautizado como «falacia normativista», que consiste en considerar que todos los problemas y aspectos de los análisis jurídicos (en el campo de la argumentación, de la teoría del derecho e incluso en el derecho procesal, por ejemplo) se reducen a problemas normativos y se ha omitido casi sistemáticamente (aunque ahora empieza a revertirse) el análisis de los *hechos* (GONZÁLEZ LAGIER, 2003: 17). Pues bien, en el análisis de las políticas públicas ocurre lo contrario: los hechos son evaluados de una manera independiente de la existencia de las normas que son o debieran ser las «generadoras» de esos hechos o las que no han logrado promoverlos. Por eso, detener la mirada en lo que ocurre o no ocurre en los hechos tras la implementación de una política pública omitiendo mirar al conjunto de normas jurídicas que la generan e implementan es algo así como colocar el carro por delante del caballo.

En los capítulos siguientes me dedicaré a presentar las cuatro versiones de eficacia que considero relevantes para el análisis de la efectividad y las políticas públicas.

CAPÍTULO 2

EFICACIA COMO REALIZACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD

La primera versión de eficacia que presentaré (E1) es la más difundida y también es casi siempre la versión de la que las demás serán tributarias. Es decir, las restantes versiones de eficacia, casi siempre de una u otra forma, pretenden que esta primera versión se concrete.

Esta primera versión de eficacia está relacionada de manera directa con la posibilidad de la norma de motivar la conducta de los sujetos. Tal como resulta generalmente aceptado, una de las finalidades principales de las autoridades al dictar normas es motivar ciertas conductas sociales (BULYGIN y MENDONCA, 2005: 15) en agentes autónomos e inteligentes (POSTEMA, 2012: 84). Por otra parte, esta noción de eficacia tiene impacto en diversos aspectos de la organización colectiva y en principios o ideales que valoramos positivamente (como el Estado de derecho o la seguridad jurídica). El Estado de derecho, recordemos, requiere como condición necesaria que las autoridades y los habitantes adecúen sus conductas a lo que la ley ordena¹.

Se trata, según propongo, de una versión de eficacia que llamaré subjetivo-colectiva. En la faceta subjetiva por diversas razones, los sujetos se ven motivados *individualmente* (o, por el contrario, no se ven motivados) a realizar ciertas conductas que se establecen en la/s norma/s o a no realizarlas. Luego

¹ Solo por mencionar algunas claras manifestaciones de este aspecto central del Estado de derecho, GUASTINI señala el Estado de derecho «implica que los actos del Estado —cualesquiera que sean— se ajusten al derecho» (GUASTINI, 2002: 95); por su parte RAZ enuncia como primera característica del Estado de derecho que «(1) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo» [RAZ, 1979 (1985): 267]. Véase FERNÁNDEZ BLANCO, 2020.

si el número de conductas alcanza cierto volumen podremos afirmar que en términos *agregativos* la norma es eficaz (la faceta colectiva)².

Conseguir que una norma sea eficaz por haber motivado la conducta de un número relevante de destinatarios es probablemente uno de los mayores desafíos que tienen ante sí los legisladores pues las variables jurídicas, políticas, económicas y sociológicas para tener en consideración son numerosas (por ejemplo, la proporcionalidad de la sanción o del incentivo, la tensión con normas sociales, la presencia de grupos de interés bien organizados que se oponen a la norma, etcétera). Por otra parte, restan desarrollarse explicaciones psicológicas, sociológicas, neurocientíficas y de otras áreas del conocimiento, sobre por qué puede en ocasiones motivarse una conducta y en otras (o en otros sujetos) no. Sería muy exigente e irrealista aspirar a que los legisladores tengan en consideración (y adicionalmente logren consensuar) todas las posibles variables por las que la eficacia (E1) de una norma podría fracasar o ser exitosa, sin embargo, hay cada vez más mecanismos para predecir, en algún grado, la posible motivación de la conducta futura en los sujetos y acerca de estos mecanismos disponibles deberían estar muy atentos los legisladores³. Una de las consideraciones centrales que deberían tener en cuenta los legisladores es la presencia de normas sociales que pudieran entrar en conflicto con las normas que contiene una legislación que se aprueba; sobre este aspecto versarán los capítulos 8 y 9.

Esta primera versión de eficacia (E1) tal como ha sido reconstruida solo es posible respecto de normas prescriptivas que imponen obligaciones o prohibiciones; ya que en los permisos, facultades, poderes, etcétera, la regla se cumple (no se incumple) con cualquier conducta que realice el destinatario (la persona puede casarse o no casarse, puede alquilar su propiedad o no hacerlo, puede caminar o tomar transporte público, etcétera) por lo tanto, en un sentido estricto, es imposible predicar esta versión de eficacia (E1) respecto de las reglas que he identificado como antidirectivas siguiendo a SHAPIRO, 2011: 146. A pesar de esta aclaración preliminar que continuará siendo válida durante todo el trabajo, presentaré en el capítulo 5 una versión heterodoxa de eficacia que incluye a las reglas antidirectivas.

² Sería posible abordar este tema también desde explicaciones sobre la conducta colectiva o grupal pero no utilizaré esa perspectiva en este trabajo (ver para ello desde muy diferentes abordajes EPSTEIN, 2015; SEARLE, 1995; LIST y PETTIT, 2011).

³ Además de que los legisladores deberían utilizar las herramientas de racionalidad que cualquier toma de decisión exige (adecuación entre medios y fines, factibilidad, evaluación de posibles efectos adversos, etcétera) hay actualmente una serie de modos de evaluación prospectiva de las leyes que pueden dar alguna información anticipada sobre la posible eficacia como motivación de la conducta, entre otros modos encontramos a los modelos *in vitro/in vivo*, los modelos Delphi, la simulación informática o procedimientos que convocan a la inteligencia colectiva y a la inteligencia artificial. Del mismo modo la legislación basada en la evidencia es cada vez más utilizada en los parlamentos y puede dar buenos resultados en el área de la eficacia. Son destacables en este sentido las instituciones científicas incorporadas al parlamento (como el caso de la oficina POST, en Gran Bretaña, o más recientemente el grupo «Ciencia en el Parlamento», en España).

2.1. RELACIONES ENTRE CONDUCTAS INDIVIDUALES Y NORMAS RELEVANTES EN LA EFICACIA COMO REALIZACIÓN

En este apartado se desarrollará la versión individual o subjetiva de E1. Cuando afirmamos que una norma prescriptiva es eficaz en la versión E1, las conductas que reflejen lo que la norma establece pueden tener diferentes modos de vinculación con la norma. El tipo de vinculación varía si adoptamos versiones más laxas o exigentes dentro de E1. Se identificarán tres modos de vinculación entre las normas y la realización de las conductas o generación de estados de cosas prescritas por estas⁴. Se trata de tres modalidades de eficacia (E1) que van aumentando a medida que el vínculo entre norma y conducta se hace más riguroso. NAVARRO (1990: 16) identifica estos tres casos del siguiente modo:

- Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1 y los sujetos normativos producen C1 (*correspondencia*).
- Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos normativos conocen la existencia de N y producen C1 (*acatamiento*).
- Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos conocen la existencia de N y producen C1 en virtud de N (*cumplimiento*).

En el caso de la *correspondencia* solo se requiere una coincidencia (HIERRO, 2003: 76) entre el contenido de N y C1. La razón por la cual se realiza la conducta es irrelevante; en este primer enfoque basta con que la conducta coincida con lo que la norma indica. En el caso del *acatamiento*, a la coincidencia entre lo prescripto por N y C1 se suma el requisito de conocimiento de N por parte de los sujetos normativos (coincidencia y conocimiento). En el *acatamiento*, según interpreto la propuesta de NAVARRO, como veremos más adelante, aunque no es necesario que la relación entre norma y conducta esté presente permanentemente, sí es exigible que *en última instancia* las normas integren el razonamiento práctico de los sujetos.

Finalmente, el caso del *cumplimiento* requiere además de la coincidencia entre N y C1, el conocimiento de N por los sujetos y que la motivación para realizar C1 provenga de N (el sujeto hace C1 porque N prescribe C1).

Desde la perspectiva instrumentalista enunciada al comienzo de este trabajo considero que los estándares de *acatamiento* y *cumplimiento* son más útiles que el de la *simple correspondencia*. Ello pues la relación más débil, la de *correspondencia* o *coincidencia* (N prescribe el estado de cosas E1 o la

⁴ Para otros sentidos del concepto de eficacia como «conformidad con la regla jurídica» ver la exhaustiva tipología de BARBERIS, 1990.

acción C1 y los sujetos normativos producen el estado de cosas E1 o realizan C1) al ser menos exigente que las restantes (acatamiento y cumplimiento) puede incluir los casos que las otras relaciones también recogen, pero también comprende la situación de mera coincidencia en la que resulta irrelevante el conocimiento de N por los S, o la motivación de estos en N. En el universo de la modalidad de eficacia como correspondencia se observan entonces los tres posibles casos de eficacia como realización (E1).

Esta versión laxa de la eficacia no resulta una herramienta útil para evaluar *el aporte* (o la falta de aporte) de N1 para la resolución de un determinado problema, es decir, no resulta adecuado para entender la vinculación entre eficacia y efectividad, ni para evaluar la actividad legislativa. Imaginemos que frente al problema X se dicta N1 y un 40 por 100 de la población realiza C1 por coincidencia; un 30 por 100 por acatamiento; un 10 por 100 por cumplimiento y el restante 20 por 100 de la población no realiza C1 ¿Cómo podríamos evaluar en esta política la influencia o éxito de la norma si no es posible saber si el 40 por 100 de la población (es decir, el 50 por 100 de los que realizan C1) en caso de no existir N1 se comportarían de igual modo o no?, ¿cómo podemos saber si el 20 por 100 que no lleva a cabo C1 lo hace por falta de conocimiento de N1 o por que ha decidido no realizar C1 conociendo N1?⁵.

La relación intermedia (acatamiento) agrega un elemento más a la relación ya que exige el conocimiento N1 por los sujetos y el comportamiento de acuerdo con ella. Esta versión parece ser la más adecuada, cuando se trata de evaluar la capacidad de las normas para motivar la conducta de habitantes y ciudadanos y/o personas jurídicas privadas, pues permite incluir situaciones en las que N1 es una causa subsidiaria de la realización de C1, pero no requiere que exista entre N1 y C1 una conexión *necesaria y permanente*. La relación causal (o de motivación) no está excluida pero no es requerida⁶. Esta relación de acatamiento permite captar las fluctuaciones de motivación: se considera que N1 es eficaz

⁵ Un caso interesante se presenta en España con relación al consumo de cannabis con fines recreativos. El OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LAS DROGAS Y LAS ADICCIONES (OEDA, 2021: 65) ha informado que, en 2019, el 8 por 100 de la población había consumido cannabis en los últimos 30 días y el 37,5 por 100 de las personas dijeron que habían consumido cannabis en algún momento de sus vidas. Sin embargo, solo el 1,2 por 100 de la población dijo que usaría cannabis si fuera legal. En otras palabras, la ley que prohíbe el consumo de cannabis fue eficaz solo para el 1,2 por 100 de la población. El resto de las personas que adaptaron su comportamiento a la norma lo hicieron por razones extralegales (mera coincidencia). En este caso, si consideramos la versión de eficacia como correspondencia, la norma es altamente eficaz, pero parece que en realidad el vínculo entre la norma y el comportamiento es de hecho muy débil.

⁶ Evidentemente al referir a relación causal no se alude a una causalidad fáctica o física sino a un tipo de causalidad normativa. Como explica KELSEN, «La relación causal que describe una doctrina sociológica del derecho, se configura —si por acaso lo hace— entre cualesquiera hechos económicos o políticos, y los actos productores de derecho, por un lado, y entre esos actos y la conducta humana hacia la cual ellos se orientan, por el otro. Y, en el último caso, sólo aparece cuando esa conducta efectivamente está motivada por la representación de la intención del acto, lo que, por cierto, no siempre sucede, dado que la conducta conforme a derecho muy frecuentemente es causada por otros motivos» (KELSEN, 1982: 119). La teoría de la imputación objetiva ha construido la relación causal normativa en

cuando es conocida por el sujeto y la conducta se adecua a ella, pero no se requiere que N1 sea *de manera permanente* la motivación para realizar C1.

Un ejemplo puede ayudar a comprender la fluctuación de motivaciones: María es propietaria de un restaurante y conoce N1, que prohíbe fumar en espacios cerrados como su restaurante y sabe que pueden multarla si lo incumple, pero no es N1 lo que hace que María no fume en el interior del local, hay una multiplicidad de factores que hacen que María cumpla con esta prohibición, como no molestar a sus empleados y clientes, como no dar un mal ejemplo, e incluso puede haber incorporado como una norma social que no se debe fumar en lugares cerrados. Ninguno de estos motivos es habitualmente N1. Sin embargo, en ocasiones María se ve tentada de fumar en el restaurante hasta un punto que le resulta complicado resistir y en esos casos es únicamente N1 el origen de su conducta: María no fuma en el restaurante *en virtud* de la obligación impuesta por N1. Es decir, la norma que prohíbe fumar en lugares públicos cerrados (N1) ha sido conocida y eficaz con relación a María (S) durante X cantidad de tiempo, pero en esa línea temporal ha fluctuado el tipo de eficacia (de *acatamiento* a *cumplimiento*). N1 actuó en este ejemplo como la última ratio del comportamiento de María. Es decir, en el momento que María decidió no fumar *en virtud* de N1 la obligación jurídica se incluyó en su razonamiento prudencial como una razón auxiliar (BAYÓN, 1991: 453, 465).

Así, la versión de la eficacia como acatamiento solo requiere que se actúe en virtud de N1 en situaciones en donde las motivaciones extralegales no están presentes y brinda mejor precisión que la relación de *correspondencia o coincidencia* para evaluar la eficacia de N1 de manera autónoma a otras motivaciones (normas sociales, morales, religiosas, preferencias, razones de respeto o prudencia), pero sin exigir que ella sea permanentemente la motivación de la conducta.

Sin embargo, se verá que la versión más exigente de eficacia, la del *cumplimiento*, es la opción más adecuada en las normas que imponen obligaciones de hacer y que se dirigen a agentes estatales en el ejercicio de sus funciones, pero, como se dijo, el *cumplimiento* parece ser demasiado exigente para las normas que estructuran relaciones entre habitantes y personas jurídicas privadas y en las obligaciones de estos para con el Estado. El motivo es que la opción más exigente no permite, en el caso de las personas privadas, considerar la fluctuación de motivaciones y requiere que de manera permanente los sujetos estén motivados por la norma. Esto resulta relevante ya que los legisladores frecuentemente recogen en normas jurídicas lo que ya era norma en una sociedad (por ejemplo, una norma social); la versión más exigente de la eficacia obligaría a forzar la ficción de que a partir de la publicación en el

otro sentido: como la posibilidad de una atribución de un hecho a una persona, por la vía de un juicio normativo (BARAONA, 2008: 64).

Boletín Oficial del Estado los sujetos normativos (que ya se comportaban así) han pasado a motivarse en la nueva ley o, por el contrario, lo que también arroja un resultado poco atinado, sostener que la ley es ineficaz porque la gente no se motiva en ella aunque se comporte de acuerdo a lo que ella indica porque ya lo hacía con anterioridad o porque no es la norma la que motiva permanentemente su conducta.

Por otra parte, los casos relevantes de esta versión más exigente están incluidos en la versión intermedia en los tramos en que la motivación de la conducta es N1 y no otras cuestiones o normas extralegales.

Pero como se adelantó, la opción más exigente (*cumplimiento*) es la más plausible si la norma está dirigida a regular la actividad de empleados, funcionarios o agentes del Estado respecto de sus *obligaciones*. Esta opción por el *cumplimiento* es relevante especialmente en el ámbito del estudio de las políticas públicas.

Recordemos que, en el ámbito de la función pública, rige el *principio de legalidad de la administración*, que es inverso al que generalmente se señala para el ámbito ciudadano: para los funcionarios y empleados públicos todo lo que no está permitido está prohibido; por el contrario en el ámbito de los habitantes y personas jurídicas no estatales lo que no está prohibido está permitido (este principio es llamado de diversas formas entre ellas, principio de prohibición, principio de libertad o regla de clausura).

De acuerdo con GUASTINI, en un Estado de derecho:

En virtud del principio de libertad, a los ciudadanos privados les es permitido todo aquello que no está prohibido.

En virtud del principio de legalidad, a los poderes públicos les está prohibido todo aquello que no le está expresamente permitido (GUASTINI, 2016: 289)⁷.

Por lo tanto, en el ámbito de los poderes públicos, las acciones están principalmente motivadas en normas que establecen permisos fuertes y obligaciones⁸. Aunque obviamente hay cierto margen de discrecionalidad de parte

⁷ Explica MUÑOZ MACHADO, desde la doctrina administrativista, sobre el principio de legalidad de la administración que: «El imperio de la ley se expresa en la primacía y en la omnipotencia del legislador. No hay ningún ámbito material que no pueda ser regulado mediante leyes. Como la Administración requiere habilitaciones específicas de la ley para poder actuar, el margen de intervención y de decisión que queda al ejecutivo está absolutamente condicionado» (MUÑOZ MACHADO, 2015: 22).

⁸ La idea de «permiso fuerte» puede encontrarse en el siguiente párrafo de VON WRIGHT: «Aquellos actos que no han sido sometidos a norma son *ipso facto* no prohibidos. Si un agente hace tal acto, el legislador no puede acusarle de violar la ley. En este sentido, tal acto puede decirse que está “permitido”. Si aceptamos esta división de los actos en dos grupos principales —relativos a una autoridad de normas dada— y si decidimos llamar a los actos permitidos simplemente en virtud del hecho de que no están prohibidos, entonces será sensato distinguir entre dos especies de permiso. A unos les llamaré permisos fuertes, a los otros débiles, respectivamente. Un acto se dirá que está permitido en el sentido fuerte, si no está prohibido, pero está sometido a norma. Los actos que están permitidos en el sentido fuerte, lo están también en el sentido débil, pero no necesariamente viceversa. Hablando en términos

del agente para ciertas conductas no reguladas (una norma puede obligar a los agentes del ayuntamiento a que se imponga una multa a María si fuma en su restaurante, pero no indicar con qué color de tinta se debe rellenar el parte).

En el sentido relevante, es decir, cuando estamos fuera del estrecho ámbito de libertad, el funcionario impone una multa a María exclusivamente porque la norma que integra la política pública le obliga a hacerlo y no podría multarla si no existiera esa obligación. En el caso de los agentes estatales no hay, con relación a los casos más relevantes de su actividad y respecto de las obligaciones de hacer, una posible fluctuación de motivaciones. Desde la perspectiva inversa: si la norma no obligara al agente a imponer la multa, este no tendría facultades para hacerlo y, violaría, además otras normas del sistema jurídico al proceder de ese modo. En el caso de los agentes del Estado no hay, respecto a los casos relevantes vinculados con obligaciones de hacer, una posible fluctuación de motivaciones.

Sin embargo, las prohibiciones que rigen para los agentes estatales pueden evaluarse desde el acatamiento. En efecto, un agente del Estado puede rechazar una dádiva, omitir pedirla o evitar desviar fondos públicos (en todos los casos, cumplir con una prohibición) por diversas razones que pueden fluctuar por lo que, en estos casos, la utilización del criterio de acatamiento es, al igual que para los habitantes, el más adecuado para valorar la eficacia (E1) a nivel individual.

2.2. EFICACIA COMO REALIZACIÓN: LA CUESTIÓN AGREGATIVA

Las explicaciones anteriores dan cuenta de una relación sujeto-norma identificada de manera individual e indican, de acuerdo con el grado de exigencia en el tipo de vinculación entre norma y motivación de la conducta, diferentes *tipos* de eficacia en E1. Sin embargo, esas descripciones no dan cuenta de la cuestión agregativa o colectiva. Una posible pregunta para intentar responder en esta sección es: ¿cuántas conductas o qué volumen de conductas realizadas de acuerdo con la norma se requieren para afirmar que N es eficaz en su sentido agregativo? La pregunta en términos cuantitativos puros es realmente difícil de responder y tal vez hay modos menos categóricos de abordar la cuestión que igualmente podrían arrojar intuiciones válidas sobre el aspecto agregativo de la eficacia en E1. Pareciera que la eficacia —salvo en casos muy marginales— es en la vida real una cuestión de grados más que de sentencias concluyentes por sí o no o de mitades más uno.

generales, un acto está permitido en el sentido fuerte si la autoridad ha considerado su status normativo y decide permitirlo». Esto es lo que parece ocurrir en la esfera de las normas que rigen la actividad de la administración pública y de otros funcionarios del estado. El concepto de permiso fuerte ha sido luego desarrollado con críticas a von Wright por ALCHOURRON y BULYGIN (1991) pero para lo que interesa aquí la descripción de von Wright es suficiente.

Sin embargo, los autores se inclinan por una cuestión de «mayorías» para definir la cuestión agregativa de la eficacia. Por ejemplo, VON WRIGHT (y en la misma línea NAVARRO, 1990), explica que el significado de (des)obediencia «excepcional» y «habitual» precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es eminentemente general:

[...] la desobediencia a la norma es excepcional *cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones* obedecen la norma. Si el mandato o la prohibición es general con respecto a la ocasión, pero dirigido a un sujeto particular, la desobediencia es excepcional *cuando este sujeto en la mayoría de las ocasiones* obedece la norma. De modo similar, si la prescripción es general con respecto al sujeto, pero para una ocasión particular solamente, la desobediencia es excepcional *cuando la mayoría de los sujetos en esta ocasión* obedecen la norma (VON WRIGHT, 1970: 139- 140, las itálicas me pertenecen).

Aplicar las descripciones agregativas anteriores de eficacia es indudablemente más fácil respecto a algunos tipos de normas: de los casos antes mencionados por VON WRIGHT, sería más fácil identificar la eficacia de las normas generales dirigidas a un sujeto particular y de las normas generales con respecto a los sujetos, pero para una ocasión particular solamente. En la próxima sección se verá una dificultad que encontramos para predicar *ineficacia* (y por lo tanto para medir o determinar la eficacia) de las normas eminentemente generales que requieren una conducta pasiva general o la no realización de una conducta (prohibiciones como «no matar», «no lesionar», «no dañar la propiedad ajena», etcétera).

Como se adelantó, a nivel individual (o caso a caso) la norma se cumple o no se cumple y no es posible identificar diferentes grados de eficacia como sí podemos hacerlo a nivel general. La cuestión, sin embargo, a nivel agregativo no es sencilla de determinar, aunque pareciera que el criterio de la mitad más uno (mayoría) no es convincente. Sin embargo, el lector encontrará a lo largo de este texto referencias a «la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones» y es que, a pesar de no ser convincente la fórmula, es a veces un camino más sencillo para describir en un caso concreto la presencia de eficacia.

Evidentemente en algunos casos podemos encontrar respuestas bastante claras sobre la eficacia, la mediana eficacia o la ineficacia de una norma: podemos afirmar que en las ciudades de Europa que así lo han dispuesto, la norma que prohíbe fumar en lugares públicos cerrados es eficaz; que en España la norma que obliga a reciclar los residuos tiene un grado medio de eficacia⁹ y

⁹ De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Comisión Europea el índice de reciclaje/recuperación de residuos fue de alrededor del 55 por 100 en España en 2020 y del 40 por 100 a nivel europeo. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/8/8a/Waste_treatment_by_type_of_recovery_and_disposal%2C_2020_%28%25_of_total_treatment%29_25-05-2023.png Visitado el 10 de junio de 2024.

que, en este mismo país, la norma que obliga a los médicos a realizar abortos en los hospitales públicos es altamente ineficaz¹⁰.

Sin embargo, a pesar de haber casos claros de eficacia e ineficacia, las preguntas que restan por responder son de aquellas sobre las que dudo que pueda existir una respuesta satisfactoria y concluyente en abstracto, por lo que no tiene mayor sentido buscar una respuesta única sobre el volumen necesario de conductas, especialmente si se comparte la idea de que la mayoría de las normas no tienen un interés regulativo *per se* y que, por lo tanto, la eficacia o ineficacia pueden medirse por su resultado en la efectividad. Si esto es así, tampoco sería relevante mantener una norma con un alto grado de eficacia pero que no tuviera efectividad o tuviera una efectividad muy baja. La eficacia sin efectividad es, además problemática desde el respeto a la autonomía individual y al principio de inviolabilidad de la persona (NINO, 1989: 239) (véase 3.2).

Las circunstancias que motivan la sanción de las normas son muy diferentes y lo es también la cantidad de conductas requeridas para que el binomio eficacia-efectividad sea exitoso. En muchas ocasiones lo realmente importante es que *el grado de eficacia* sea suficiente para alcanzar los resultados sociales esperados. Una norma puede, en este sentido, ser cumplida por el 99 por 100 de la población y, sin embargo, el 1 por 100 que la incumple concentrar un mayor número de oportunidades de incumplimiento u ocasiones cualitativamente más significativas y resultar suficiente para que se frustren los fines propuestos por la norma; por el contrario, una norma puede ser cumplida por menos de la mitad de la población y promover igualmente que se alcancen los fines perseguidos por ella. Naturalmente, la situación de normas con muy baja eficacia pero que logran igualmente su cometido social es poco frecuente y en un contexto de buen diseño legislativo puede esperarse que el aumento de la eficacia contribuya al aumento de la efectividad.

2.3. ¿POR QUÉ UNA NORMA PUEDE SER INEFICAZ O TENER BAJA EFICACIA?

Entiendo que para dar una respuesta completa a esta pregunta es necesario un abordaje interdisciplinar, ya que difícilmente un estudio o análisis jurídico llevado adelante aisladamente pueda arrojar resultados exhaustivos o medianamente completos sobre por qué se cumplen o no las normas. Es requerido,

¹⁰ De acuerdo con la información producida por el Ministerio de Sanidad del Reino de España, en 2020 solo el 15,5 por 100 de las interrupciones voluntarias del embarazo se producían en hospitales públicos aun cuando la reforma legislativa de 2010 dispuso que la derivación a clínicas concertadas debía ser excepcional. No hay en el caso de los rechazos a esta práctica en parte de los hospitales públicos una mayoría de objetores de conciencia, sino que las razones para derivarlos son de otra índole. Véase https://www.eldiario.es/sociedad/15-abortos-espana-centros-publicos_1_8327543.html (consultado el 5 de octubre de 2023).

indudablemente, un abordaje pluridisciplinario y, aun así, dudo que el estado actual del conocimiento nos permita arribar a razones causales explicativas en todos los aspectos sobre el porqué del cumplimiento de las normas. Distintas disciplinas abordaron la cuestión todas ellas con algún grado de suficiencia explicativa pero sin exhaustividad para dar cuenta completa del fenómeno de la eficacia y la ineficacia. Así, entre otros aspectos, se han identificado problemas vinculados con los trasplantes jurídicos (BERKOWITZ *et al.*, 2003); cuestiones vinculadas con el peso de la historia (ACEMOGLU y ROBINSON, 2012, 2006, 2000; ACEMOGLU, 2003); cuestiones culturales o religiosas (WEBER, 1991; HARRISON y HUNTINGTON, 2000; BROOKS, 2003; CAO, 2007) .

A pesar de la imposibilidad para dar una respuesta completa a por qué las normas son cumplidas (o por el contrario, por qué las normas no son cumplidas), en un plano conceptual y jurídico, se ha entendido que las normas son cumplidas por temor a las sanciones, por utilidad, por respeto al orden, por respeto a la autoridad, por adhesión o por una cuestión de balance entre costes y beneficios (véanse por todas estas razones, entre muchos otros, VON WRIGHT, 1970; RAZ, 1985; BAYÓN, 1991; NINO, 1985; HIERRO, 2003). Asumiendo que estas razones para el cumplimiento son conjuntamente razonables se pueden proponer, exclusivamente desde una perspectiva jurídica (y por lo tanto insuficiente), como fuentes de que una norma tenga un bajo nivel de eficacia una o más de las siguientes circunstancias:

a) *Dificultades para conocer o comprender la norma.* Estos problemas abarcan un amplio espectro y pueden ser ocasionados por dificultades técnico-legislativas tales como la hipertrofia normativa (OLIVER-LALANA, 2008: 540), problemas de coordinación en sistemas jurídicos compuestos (*ibid.*), problemas de accesibilidad formal, problemas en el ordenamiento (como leyes ómnibus o leyes cuyos títulos no representan su contenido), por la existencia de normas contradictorias, etcétera. Incluso en situaciones más graves la dificultad para conocer las normas puede provenir de la violación de ciertos requisitos formales del Estado de derecho como la publicidad, la prospectividad, o la claridad de las normas que son condiciones necesarias (aunque no suficientes) para la eficacia tanto en el modelo de acatamiento como en el de cumplimiento. En ocasiones, el problema obedece sencillamente a una deficiencia en la comunicación a los sujetos normativos o a la insuficiente difusión de las nuevas normas. Asimismo, es posible que la dificultad no se encuentre en la posibilidad de conocer la norma sino de comprenderla. Esta dificultad puede ser frecuente en la mayoría de las sociedades actuales altamente heterogéneas. Desde hace algunos años diversas versiones del movimiento que aboga por el uso del lenguaje sencillo y común en la elaboración de normas se han preocupado por la cuestión de la comprensión de las normas¹¹.

¹¹ El movimiento del lenguaje sencillo y común (*plain language*) ha adquirido en los últimos años una fuerza importante y ha tenido diversas consagraciones en reglas de técnica legislativa. Por

b) *Problemas en las condiciones de la aplicación de las normas (enforcement)*. Evidentemente para ciertas normas la eficacia dependerá de una manera directa y más constante de los niveles aplicación. Por ejemplo, la eficacia de la norma que penaliza la omisión de pagar el aparcamiento en la vía pública dependerá de una manera directa y constante de la aplicación de multas por esa infracción (FRIEDMAN, 1975: 68), mientras que en otro tipo de normas la relación entre condiciones de aplicación y eficacia como acatamiento será más débil como en las normas que obligan a alimentar a los hijos (HIERRO, 2003: 141) o prohíben el canibalismo (FRIEDMAN, 197: 68). Algunas cuestiones que vinculan aplicación de las normas con eficacia serán revisadas con más profundidad en el capítulo 4.

c) *Resistencia activa al cumplimiento de la norma por resultar demasiado costosa*. La referencia a los costes del cumplimiento de una norma no es necesariamente económica, puede referirse, entre otras cuestiones a la pérdida de beneficios, comodidades, calidad de vida, prerrogativas o incluso a prejuicios o creencias irracionales sobre posibles consecuencias negativas futuras. La resistencia activa al cumplimiento de una norma puede adoptar diferentes modalidades que incluyen, pero no se limitan a la desobediencia civil¹². En ocasiones el incumplimiento por resistencia activa es suficientemente generalizado como para producir la ineficacia de la norma, pero no tiene las características de la desobediencia civil.

d) *Problemas en la implementación de las normas*. Muchas veces se sostiene que ciertas normas no son eficaces por problemas en su implementación. Esta sobre-utilizada y vaga expresión podría sustituirse por la idea de que los llamados problemas de implementación son, en realidad, problemas de eficacia. El problema puede estar en la propia norma a implementar (cuando sus términos son insuficientes para poder adecuar la conducta a la norma, lo que llamaré *ineficacia por razones objetivas*, véase capítulo 6) o puede tratarse de un problema de ineficacia o ineffectividad de terceras normas, instrumentales a la que se quiere implementar (N1 requiere de N2 para ser implementada, N2 obliga a hacer C1 y C2 y el sujeto, agente estatal, no realiza C1 y/o C2). Los problemas en la implementación (ineficacia por razones objetivas o ineficacia

ejemplo, las Directrices de Técnica Legislativa (España) señalan en el Núm. 101 que las normas deben ser redactadas en «Lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible» (Directrices de Técnica Normativa (España) aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicada en el BOE del 29 de julio de 2005); en Estados Unidos se ha aprobado la *Plain Writing Act of 2010* que establece: «The term “plain writing” means writing that is clear, concise, well-organized, and follows other best practices appropriate to the subject or field and intended audience»; asimismo, Australia, Canadá, Sudáfrica y otros países también han adoptado este modelo. Del mismo modo que defensores, este movimiento ha cosechado también detractores (un resumen de ese debate puede verse en BARNES, 2006; XANTHAKI, 2008: 12-13). En muchos aspectos el «movimiento del lenguaje sencillo» excede la idea del mero uso de un lenguaje sencillo y común, y se proyecta de un modo más general sobre toda la técnica legislativa.

¹² La desobediencia civil puede identificarse por ser una resistencia organizada, pública, pacífica y que acepta las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la norma, aunque se trate de normas inmorales (véase MALEM SEÑA, 1988).

de normas instrumentales) explican muchos fracasos de políticas públicas. Finalmente, cuando referimos a problemas en la implementación, estaremos, por lo general, en el ámbito de obligaciones dirigidas a agentes estatales por lo que su tratamiento es generalmente el del cumplimiento (no el del acatamiento).

e) Interrelación y competencia con normas informales. Finalmente, otro grupo de razones por las que una norma puede tener baja eficacia obedece a la tensión o competencia que se genera entre las normas jurídicas y otras normas no formales que integran diversos conjuntos normativos. Las sociedades funcionan simultáneamente con varios subconjuntos normativos y las normas jurídicas son solo uno de esos subconjuntos (COLEMAN, 1990). Dentro de los otros subconjuntos normativos aparecen diversas manifestaciones normativas informales (normas sociales, religiosas, morales, etcétera) que interactúan con las normas jurídicas y tienen consecuencias sobre la eficacia y/o la efectividad de las últimas. Es decir, las normas informales (principalmente las normas sociales) pueden afectar las razones para la acción acerca de las que los juristas han dado cuenta, por ejemplo, disminuyendo el temor a una sanción por reducir la posibilidad de ser descubierto en el incumplimiento, o pueden, en otros casos, disminuir la utilidad de cumplir con la norma jurídica por resultar más costoso su cumplimiento que el de la conducta alternativa promovida por la norma social. Como se ha adelantado esta relación de competencia entre normas jurídicas e informales es posiblemente la mayor causal de ineficacia de las normas y, sin embargo, ha sido un aspecto notablemente desatendido por el mundo jurídico.

A esta vinculación estarán dedicados los capítulos 8 y 9, además, en lo que sigue, la mayor parte de las explicaciones sobre ineficacia se centrarán en esta cuestión.

2.4. PROBLEMAS PARA EVALUAR EFICACIA COMO REALIZACIÓN DE CIERTOS TIPOS DE NORMAS

Para evaluar la eficacia como adecuación de conductas (E1) y para entender cómo esta se vincula con la efectividad en casos reales, debiéramos poder medir de algún modo el grado de eficacia de las normas (podríamos medir únicamente la efectividad, pero en este caso solo conoceríamos la correspondencia sin poder determinar hasta qué punto la norma tiene un lugar en el razonamiento práctico de los sujetos). En ocasiones esto es difícil, pero respecto de algunas normas resulta medianamente sencillo tener una noción bastante precisa de la cantidad de comportamientos adecuados a ella (por ejemplo, el cumplimiento de la obligación del voto en los países en que se trata de una obligación o el cumplimiento de la norma que obliga a asegurar cuotas parlamentarias femeninas); hay otras normas sobre las cuales las mediciones

de cumplimiento son más complejas (como las que se tratan en el párrafo siguiente) pero cada vez existen más herramientas tecnológicas, de análisis sociológico y técnicas de medición que permiten avances significativos en este campo. La posibilidad actual o potencial de medir en la práctica la adecuación de las conductas a las prescripciones es una cuestión en la que los juristas deberíamos adquirir más compromiso y participar más a menudo en trabajos interdisciplinarios pues, a mi juicio, resulta una herramienta fundamental para la producción legislativa y el diseño de políticas públicas.

La eficacia (E1), como se dijo es más fácil de identificar o medir en cierto tipo de normas: es más fácil identificar la eficacia de las normas generales dirigidas a un sujeto particular o a un grupo de sujetos identificables y de las normas generales con respecto a los sujetos, pero para una ocasión particular solamente. El problema más grande del abordaje de la evaluación de la eficacia es respecto de las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva. Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, *erga omnes*, y tienen un número inmenso, tendiente al infinito de ocasiones de cumplimiento (HIERRO, 2003: 79). Así, apelando a la idea de mayorías tan difundida en la literatura, la mayoría de las personas en la mayoría de las oportunidades no mata, no roba, no lesiona, etcétera.

La confección de un índice de eficacia que pudiera evaluar la eficacia de una norma de este tipo sería siempre tendiente a 1 (en donde 1 es eficacia total). Se trata de normas que generan el problema de la «inconmensurabilidad de la obediencia» (HIERRO, 2003: 156)¹³.

Es posible que esta dificultad de asignar a la eficacia únicamente la cara de la adecuación de las conductas a la norma haya sido lo que ha conducido a diversos autores, entre ellos Kelsen (1979: 25), a sostener que la eficacia tiene dos caras: la del acatamiento y la de la aplicación (E2) que se tratará en el capítulo 4. Considero, sin embargo, que tal entendimiento de la eficacia no soluciona el problema de la medición de la eficacia (E1) respecto de los deberes negativos, generales y *erga omnes*, lo que se verá también en el capítulo 4.

El problema de la «inconmensurabilidad de la obediencia» es, sin embargo, un problema a medias para el uso que se pretende del concepto de eficacia en este trabajo, por las siguientes razones:

(a) La mayor parte de los autores acepta que la eficacia es una cuestión de grados; sin embargo, las explicaciones y descripciones son mucho más fáciles de transmitir si se utilizan criterios cuantitativos rígidos y únicos. Sin embargo, en el ámbito de la inconmensurabilidad de la obediencia esta simpli-

¹³ El índice de eficacia (Ie) podría ser planteado, según HIERRO, de este modo: (Ie) es el resultado del número de conductas conformes (nCc) dividido por el número de sujetos (nS) multiplicado por el número de ocasiones (nO). Entonces $Ie = nCc / nS \cdot nO$.

ficación puede ser la propia creadora de la idea de que existe el fenómeno mismo de la inconmensurabilidad de la obediencia. Es decir, si el criterio no fuese cuantitativo rígido y único (¿cuántos sujetos se comportan con lo que indica la norma? Es decir no matan, no roban, en la mayoría de las oportunidades), sino también cuantitativo- normativo (¿cuántos de los sujetos que cumplen con la norma se comportan así en última instancia por la existencia de la norma?), desaparecería el problema de la inconmensurabilidad de la obediencia pues (de ser empíricamente posible medirlo) sabríamos cuántas personas realmente obedecen N1 (es decir, cuántas personas son las que en última instancia motivan sus conductas en N1).

(b) Por otra parte, si la eficacia es entendida siempre como una cuestión de grados no hay impedimento para poder, de algún modo, aproximarse a la eficacia de un modo comparativo diacrónico, geográfico, o ajustado por hechos relevantes. El número de homicidios dolosos cada 100.000 habitantes en Argentina en 2021 ha sido de 5; en España hubo en ese mismo año un homicidio doloso por cada 100.000 habitantes y en Honduras 38¹⁴. Evidentemente en 2021 la norma que prohíbe matar a otro ha sido más eficaz en España que en Argentina y en este último país más eficaz que en Honduras. Por otra parte, también se pueden acotar más los ámbitos de evaluación utilizando circunstancias fácticas relevantes y evaluar, por ejemplo, el grado de eficacia o ineficacia de la norma que prohíbe lesionar a otros solamente dentro de las relaciones de pareja o intrafamiliares, o entre asistentes a espectáculos deportivos. Este último modo de moderar el problema de la inconmensurabilidad de la obediencia implica «ajustar» la aplicabilidad de la norma a un grupo más identificable o a un ámbito más acotado por lo que se evalúa la norma como si fuese dirigida a un grupo o a una situación particular.

(c) La última cuestión que evita que, en el marco de este trabajo, sea un gran problema el de la imposibilidad de predicar eficacia por «sí o no» respecto de algunas normas es que, como se dijo, se entiende aquí que, la mayoría de las normas no tienen un interés regulativo *per se* y que siempre hay razones subyacentes para su dictado. Estas razones son, muchas veces, los objetivos o resultados sociales y/o económicos esperados o los valores de justicia que se quieren alcanzar (R). En muchas ocasiones lo realmente importante es que *el grado de eficacia* sea suficiente (o no) para alcanzar los resultados sociales esperados (R) (efectividad).

¹⁴ Fuente BANCO MUNDIAL. Disponible en https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?most_recent_year_desc=false (visitado el 10 de mayo de 2024)

2.5. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS, EFICACIA E IDENTIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS SOCIALES ESPERADOS

Si bien las conductas obligatorias o prohibidas son habitualmente sencillas de conocer están siempre expuestas a interpretaciones. Muchos autores incluso sostienen que la norma es tal una vez que se ha interpretado un enunciado normativo. Así, una interpretación puede hacer que la norma producto de esa interpretación tenga un nivel de eficacia aceptable (N1) y otra interpretación generar que el mismo texto legal resulte en otra norma (N2) con menor nivel de eficacia. Por ejemplo, pensemos el caso de una regla de la administración pública que obliga a sus empleados a ingresar a las 9:00 de la mañana y el 80 por 100 de los empleados arriba a su lugar de empleo a las 9:05. Una interpretación posible sostiene que la norma es altamente eficaz, pues todos los trabajadores observan una notable puntualidad, ya que se trata de una regla que —aun siendo una regla— parece más una directriz al pretender que los empleados comiencen a una hora determinada y homogénea a prestar sus servicios y no se trata de una norma de carácter ritual (HIERRO, 2003: 79). Otra interpretación posible, diferente de la de HIERRO, sobre la misma regla pondría que es altamente ineficaz, pues el horario de ingreso al cumplimiento de una actividad laboral no puede ser entendido como meramente indicativo o como una directriz; el mandato de que las actividades comiencen a las 9:00 y no 9:05 puede obedecer a una serie de razones cuyos resultados pueden variar en esos cinco minutos.

Los propósitos o fines en el sentido de *resultados esperados* (R) de una ley son aún más complejos de identificar: a veces ellos son explícitos (en la exposición de motivos o fundamentación de las leyes), pero en general esa explicitación no es completa o por lo menos no es excluyente de otros resultados esperados; también es posible, aunque menos fiable, indagar no en los propósitos de la ley sino en la intención legislativa (por ejemplo, a través del registro de los antecedentes legislativos o actas de debate); otras veces, la identificación del resultado esperado es producto únicamente de un proceso de interpretación, y casi siempre, producto de una combinación entre la explicitación, la interpretación y en ocasiones la indagación en los antecedentes legislativos.

Evidentemente la apelación total o parcial a la intención legislativa, para intentar indagar en las razones subyacentes o los resultados sociales esperados no deja de ser problemática, pero entiendo que genera menos problemas de los que *a priori* es posible prever. En general los juristas cuando defienden o cuestionan la idea de indagar en las intenciones del legislador lo hacen desde la perspectiva de la aplicación judicial de una norma cuya interpretación suscita

problemas. Explica Schauer que las intenciones constituyen la fuente necesaria de orientación para la toma de decisiones cuando falla la orientación de la regla que de otro modo estaría disponible (SCHAUER, 2004: 283). Luego el autor propone una serie de ideas críticas y aceptables sobre esta opción interpretativa para resolver un caso gris o difícil. Sin embargo, el tipo de apelación a la intención legislativa que se sugiere aquí que podría usarse para detectar el o los resultados sociales esperados, es bastante diferente de la utilizada en el contexto judicial y frente a un caso dudoso, difícil u oscuro. La evaluación de la efectividad requiere, casi siempre, de pinceladas mucho más gruesas que las que se necesitarían para llevar adelante la actividad interpretativa en sede judicial en los casos difíciles que podrían requerir apelar a la intención legislativa.

Por ejemplo, en toda América Latina se ha extendido la política pública de mejorar la igualdad o promover la paridad en el acceso a cargos electivos y se ha implementado mediante diferentes leyes sobre cuotas o cupos femenino para cargos electivos¹⁵. Acerca de ellas ya hemos conjeturado antes que para evaluar la *efectividad* de ese conjunto de normas, la obligación de que las listas se integren con, por ejemplo, un 40 por 100 de mujeres en situación de ser elegidas, puede entenderse como que la intención del legislador es (R1) revertir un largo historial de discriminación de las mujeres en la política; (R2) asegurar cuerpos representativos equilibrados en razón de género; y podría ser también un resultado más inmediato (R3) vinculado con asegurar que en los próximos parlamentos haya un X porcentaje de mujeres. En este caso la intención legislativa no parece ser problemática y si el evaluador incluyera resultados esperados que el legislador no había considerado no produciría tampoco mayores problemas.

Sin embargo, es diferente el caso de la otra posible apelación a la intención legislativa, la que se realiza en sede judicial: asumamos que un caso llega a los tribunales tras una elección en una determinada provincia que renovará solo un parlamentario y la elección del candidato es cuestionada por una mujer que pretende ubicarse en primer lugar en una lista de diputados cuando por los votos obtenidos en la votación interna del partido le correspondería ocupar a partir del segundo lugar. Una interpretación posible diría que la elección de los habitantes sobre quién encabezará la lista debe prevalecer, en este caso en el que hay un solo cargo electivo en juego, sobre la necesidad de que las mujeres se presenten en el 40 por 100 de los cargos *con posibilidad de ser elegidas*. Evidentemente en este caso solo hay lugar para un candidato en la lista y el más votado ha sido el candidato varón. En este imaginario caso judicial, la intención del legislador en la que habría que hurgar es de una precisión que

¹⁵ Para información actualizada sobre el tipo de leyes de cuotas vigentes en estos países, véase el sitio web de CEPAL (Observatorio de Igualdad de Género) <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-cuotas> (visitado el 12 de octubre de 2024).

posiblemente sea de compleja identificación o que, encontrada, difícilmente otorgará respuesta.

Dicho de otra forma, tanto la intención legislativa como los propósitos de la ley que se requieren para la identificación de los resultados esperados son los trazos de una brocha bastante gruesa mientras que la tarea del juez es, muchas veces, pintar con pinceladas demasiado finas como para que sea útil o conveniente, en una contienda judicial apelar a la intención legislativa¹⁶. No obstante, se reitera, no hay motivos para limitar la atribución de propósitos o resultados esperados a aquellos que se han hecho explícitos por el legislador o que se infieran de la actividad legislativa. Como se verá más adelante, incluso un efecto funcional puede convertirse —a través de la interpretación— en un resultado social valioso como para ser considerado un resultado social a perseguir y a evaluar.

En el ámbito de las políticas públicas es más fácil encontrar los objetivos expresamente señalados que en las leyes aisladas y, en algunos casos, esta explicitación se realiza manera bastante precisa. Solo por brindar un ejemplo, pero es posible encontrar muchos otros casos, el «Plan Integral para la Prevención y Control del Tabaquismo» de España¹⁷ detalla con bastante precisión que en sus objetivos está reducir la prevalencia de fumadores al 18,3 por 100 para 2025 para luego arribar en 2040 a la meta de la UE, que persigue que menos del 5 por 100 de la población consuma tabaco de aquí a 2040, frente al 25 por 100 de media actual en Europa. Evidentemente hay políticas públicas o partes de ellas que plantean objetivos más generales e incluso vagos, pero casi siempre están explicitados. Esta diferencia puede deberse a múltiples razones que no pueden ser exhaustivamente identificadas, sin embargo, en ocasiones esta búsqueda de visibilidad de los resultados esperados de las políticas públicas puede entenderse por la voluntad de demostración de proactividad y compromiso por parte de los gobiernos o a la necesidad de rendir cuentas, o de

¹⁶ Esta discusión no será tratada en este trabajo por razones de extensión y porque requeriría reproducir un debate muy profundo entre quienes niegan, entre otras cosas, que la intención del legislador pueda ser captada o haya una única intención. Lo cierto es que, a pesar de esas discusiones, los códigos de herencia napoleónica contienen generalmente pautas interpretativas que incluyen alguna noción de intención del legislador o del trabajo legislativo. Así, el Código Civil español en su art. 3 dispone: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»; el Código Civil italiano, de manera más contundente, establece en su art. 12 lo siguiente: «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro censo che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore* [...]». En el ámbito latinoamericano esta herencia también está presente como, por ejemplo, en el Código Civil colombiano: «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

¹⁷ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2024/medidas-nuevo-plan-antitabaco.aspx#:~:text=Con%20el%20fin%20de%20reducir,libre%20de%20tabaco%20en%20Espa%C3%B1a>. Visitado el 11 de junio de 2024.

adecuar las políticas públicas de un país a políticas públicas regionales (como en el caso de la política pública antitabaco y los mandatos del Plan Europeo de Lucha Contra el Cáncer¹⁸) así como a tratados internacionales, o incluso a instrumentos de *soft law* como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU (también indicado como fundamento y objetivo en la política pública antitabaco de España).

Para resumir este último tramo del capítulo: la eficacia es dependiente de la interpretación que se realice sobre la conducta permitida, prohibida u obligatoria, y también lo es la afirmación de que se ha alcanzado el objetivo una ley o política pública (R). En el caso de las leyes aisladamente consideradas, sin embargo, la identificación suele ser menos explícita y precisa, mientras que al anunciarse una política pública (que necesariamente se compondrá de leyes generales y finalmente otras normas particulares) hay mayor transparencia y precisión sobre los objetivos o fines a conseguir con su creación e implementación.

¹⁸ Véase https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/european-health-union/cancer-plan-europe_es. Visitado el 11 de junio de 2024.

CAPÍTULO 3

RELACIONES ENTRE EFICACIA COMO REALIZACIÓN Y EFECTIVIDAD

En este capítulo se presentarán algunas de las relaciones entre eficacia como realización (E1) y efectividad. Previamente es conveniente una aclaración: algunos de los ejemplos dados y otros que se darán, integran muchas veces una política pública cuya realización, como ya se dijo, se intenta a través de un conjunto o conglomerado de normas (muchas veces incluidos en diversas leyes) que se presuponen unas a otras para alcanzar el objetivo social buscado (R). Es decir, para alcanzar R se presume una relación sistemática entre las conductas obligatorias y permitidas por las normas que integran estos conglomerados normativos. Además, se presume que las conductas prohibidas que podrían interferir en que se lleven adelante los resultados esperados tampoco se producirán. En los ejemplos que se darán se analizará la eficacia o ineficacia de una norma y se deberá asumir que las restantes normas que integran la política pública son eficaces para poder asignar algún tipo de relevancia causal o condición contribuyente a la alta o baja eficacia de la norma analizada en relación con la consecución de R, es decir, su efectividad (o ineffectividad). En ocasiones me referiré a normas, en otras a leyes e incluso a políticas públicas, en todas estas referencias lo que me interesa es la eficacia de las normas que integran esas leyes y que a su vez construyen las políticas públicas.

Los cuatro casos que se verán (que contienen subcasos) son los siguientes: (3.1) Normas eficaces y efectivas (normas propiamente efectivas); (3.2) Normas eficaces, pero no efectivas; (3.3) Normas con baja eficacia o ineficaces,

pero efectivas (efectividad impropia) y (3.4) Normas con baja eficacia o ineficaces y no efectivas¹.

Lógicamente para evaluar la relación entre eficacia y efectividad es inadecuado recurrir a la eficacia individual y el criterio relevante para trazar esta vinculación es entre eficacia en su dimensión agregativa y la efectividad.

3.1. NORMAS EFICACES Y EFECTIVAS (NORMAS PROPIAMENTE EFECTIVAS)

En este supuesto los sujetos normativos llevan adelante las conductas que están indicadas por la norma o el conjunto de normas —cumplen con N1, N2, N3, realizando C1, C2, C3— y se alcanza R1. Esta relación exitosa presupone la existencia de normas bien diseñadas que conducen al resultado que se propone alcanzar la norma o la política pública, y se satisface así la necesidad social, económica o de justicia por la que esta se sancionó. Como se dijo anteriormente, en general, las políticas públicas suelen estar compuestas de agregados complejos de diferentes tipos de normas jurídicas. Por lo tanto, la efectividad de una política pública dependerá de la eficacia sincrónica y diacrónica de múltiples normas que recaen sobre diversos sujetos normativos.

En las políticas públicas muy ambiciosas o que contienen objetivos muy heterogéneos los fines esperados suelen arrojar resultados disímiles al valorarse conjuntamente, por eso, resulta conveniente realizar evaluaciones de las políticas públicas que permitan el desglose de los diversos objetivos.

La efectividad deberá evaluarse respecto de dos tipos de resultados que se distinguen por su consecución en el tiempo: los que se prevén conseguir de forma inmediata y aquellos que se esperan más mediatamente. Volviendo al ejemplo de las leyes de cuotas femeninas para cargos parlamentarios, podemos asumir, como se dijo anteriormente, que un R1 (mediato) es «revertir un largo historial de discriminación de las mujeres en la actividad política» mien-

¹ Carlos NINO, en *Un país al margen de la ley*, realiza una caracterización diferente y desde otra perspectiva pero que guarda alguna similitud con la que se desarrollará a continuación, y sirve también para advertir el distinto enfoque que es posible darle al tema. NINO distingue entre la (i) *lealtad normativa* que se presenta cuando el sujeto normativo está comprometido tanto con la realización de la conducta prescripta como con el resultado (aunque el resultado que busca relevar NINO no es necesariamente el mismo que interesa aquí); (ii) el *comportamiento finalista* que se presenta cuando no se realiza la conducta prescripta pero se pretenden alcanzar de todos modos los fines normativos (aquí el agente presupone que los fines sociales se obtienen solo con quererlos); (iii) el *comportamiento formalista* o ritualista en donde se observa la norma ignorando sus fines normativos (un ejemplo de ello sería el «... burócrata idiosincrático [que] suele adherir en forma ritualista a la norma sin ninguna consideración a los fines por los que ella fue dictada...»); y finalmente (iv) el *rechazo normativo* en el cual no se realiza la conducta prescripta y tampoco se aceptan los fines normativos (NINO, 2005: 44-45). El enfoque de NINO, a diferencia del que se propone en aquí, no se centra en el comportamiento objetivo hacia las normas sino en una *actitud* hacia ellas (NINO, 2005: 46).

tras que R3 es un resultado buscado más inmediato vinculado con asegurar que en la próxima legislatura haya una X proporción de mujeres.

A continuación, presentaré tres casos de éxito (algunos más contundentes que otros) en la efectividad, promovidos por la eficacia como adecuación de conductas.

a) En la práctica latinoamericana la eficacia-efectividad de las normas que establecen cuotas de género para cargos parlamentarios nacionales ha sido disímil, por lo que se trata de un caso exitoso en algunos países y no tanto en otros: la presencia de las mujeres en los órganos legislativos nacionales ha aumentado de manera gradual en los últimos años en América Latina y el Caribe. Con datos a noviembre del año 2023, la región alcanzó un promedio de 35.8 por 100. México, Nicaragua y Cuba mantienen 50 por 100 o más de la representación de mujeres en sus parlamentos, mientras tanto Argentina y Costa Rica superan el 40 por 100, pero otros países como Brasil y Paraguay no alcanzan el 20 por 100, mientras que Uruguay se ubica en un discreto 26,6 por 100 y Chile en un 35,5 por 100².

b) La norma que prohíbe fumar en espacios públicos cerrados, por diversas razones que no se pueden desarrollar aquí, ha tenido un alto grado de acatamiento en el mundo entero (aunque obviamente se encuentran diferencias entre distintos países y ciudades) (véase, entre otros, SANDOYA *et al.*, 2010: 211). En los países donde ha sido estudiado, se ha verificado una disminución de las enfermedades directamente asociadas al tabaquismo: sea por la reducción de enfermedades producidas a los fumadores pasivos —que parecía ser el resultado esperado original de la norma—, o por la reducción de la cantidad de fumadores que se produjo con las restricciones. La efectividad se ha probado de manera bastante inmediata a la implementación (al menos para el resultado de la disminución de enfermedades respiratorias)³ y ha perdurado en el tiempo por lo que también ha sido efectiva a mediano/largo plazo⁴.

² Fuente CEPAL Observatorio de Igualdad de Género. <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-escaños-ocupados-mujeres-parlamentos-nacionales-indicador>

³ En Escocia e Irlanda, por ejemplo, se encontró disminución de los ingresos por problemas respiratorios de los fumadores de segunda mano desde los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la norma (véase https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/secondhand_smoke/protection/improve_health/index.htm. Visitado el 4 de marzo de 2021).

⁴ Solo para tener idea de algunos datos: en Uruguay, el primer país de América Latina en implementar las restricciones se ha comprobado una disminución del 17,1 por 100 de los infartos agudos de miocardio dentro de los primeros 48 meses de implementación de las normas (SANDOYA *et al.*, 2010); en España la legislación se implementó de una manera progresiva y luego de la primera ley (2006) se produjo una disminución de los ingresos por infartos agudos de miocardio del 4,2 por 100 que se complementó con una caída del 3,1 por 100 en 2011 cuando entró en vigor la segunda ley (BOBADILLA *et al.*, 2014). Los investigadores del estudio citado han encontrado además que se produjo un ahorro en ingresos hospitalarios producido por la disminución de infarto agudo de miocardio en no fumadores: la primera ley ahorró 23,3 millones de euros y la segunda, 13,6 millones de euros adicionales (BOBADILLA *et al.*, 2014).

A nivel mundial, metaanálisis publicados demuestran reducciones en el número de ingresos por síndrome coronario agudo de un 16-17 por 100 en el primer año de implementación de las leyes y las leyes más restrictivas consiguen mejores resultados (TAN y GLANTZ, 2012).

c) Finalmente, el caso más extraordinario de eficacia y efectividad de una política pública (llevada a cabo internacionalmente, además) es el del éxito absoluto del programa de vacunación y control de la viruela promovido por la Organización Mundial de la Salud entre 1966 y 1980, que logró coordinar actividades y normas en distintos países y finalmente se consiguió que la enfermedad se erradicase completamente del mundo⁵. Más recientemente es posible mencionar el también éxito que implica la casi erradicación de la poliomielitis y aunque todavía se presentan algunos casos aislados, ha disminuido en un 99 por 100 mundialmente desde 1988⁶.

Los ejemplos anteriores reflejan una relación directa entre eficacia y efectividad, sin embargo, no siempre es necesario que ello sea así: la relación puede ser más indirecta y sin embargo exitosa. Un caso interesante es el que comenta VAN AEKEN (2011: 43) sobre los Países Bajos en donde en 1974 se dictó una norma que obligaba a llevar casco a los usuarios de ciclomotores para reducir la mortalidad en los accidentes de tránsito. En los siguientes tres años se redujo notablemente la mortalidad, pero no porque todos los usuarios de motocicleta utilizaran casco sino porque dejaron de utilizar los ciclomotores porque no era *cool* usar casco. La norma fue eficaz pues los conductores que siguieron usando motocicletas la acataron, y aquellos que no estaban dispuestos a acatarla no realizaron la conducta contraria (circular sin casco), pero además produjo un aumento de la efectividad tal vez mayor al esperado pues la obligación de utilizar casco desincentivó el uso de ciclomotores⁷.

También la vinculación entre eficacia y efectividad puede darse mediante el cambio de incentivos que refuerzan la eficacia sin necesidad de modificar la norma en aquello que prohíbe u obliga, pero cambiando, por ejemplo, el factor de atribución, como cuando se adopta un régimen de responsabilidad objetiva y se abandona la responsabilidad subjetiva.

3.2. NORMAS EFICACES, PERO NO EFECTIVAS

En este caso las normas tienen un grado de eficacia aceptable y sin embargo no conducen al resultado para el que han sido diseñadas, es decir, no son efectivas o son solo muy pobremente efectivas.

⁵ Véase OMS <https://www.who.int/news/item/13-12-2019-who-commemorates-the-40th-anniversary-of-smallpox-eradication> (visitado el 1 de junio de 2024).

⁶ Véase OMS <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/poliomyelitis> (visitado el 2 de septiembre de 2024).

⁷ Explica el autor que luego de tres años el índice de mortalidad volvió a subir pues tras el éxito en la disminución de muertes, la norma dejó de ser celosamente aplicada por las autoridades de tránsito y con el tiempo perdió la eficacia que había conseguido en los primeros años y se elevó el número de conductores de motocicletas (VAN AEKEN, 2011: 43).

Esta situación genera, a mi juicio, como poco, un escenario de irrazonabilidad legislativa cuando no de violación de principios liberales básicos ya que, por un lado, como es obvio no se soluciona aquello que la ley o la política pública pretendía mejorar o neutralizar o no se previene aquello que se pretendía evitar, pero además, la situación de eficacia/inefectividad produce —cuando se trata de normas prescriptivas— una interferencia con la autonomía individual, prohibiendo u obligando a ciertas conductas sin que ello esté finalmente justificado por no alcanzarse los fines pretendidos. También es posible entender que se produce una violación al *principio de inviolabilidad de la persona* pues los sujetos están obligados a hacer algo o privados de hacer algo y en definitiva esta limitación de su autonomía no tiene ninguna consecuencia útil para ellos mismos ni para la comunidad (que de modo indirecto podría repercutir en su propio beneficio)⁸.

A pesar de que el cumplimiento de la norma está presente en estos supuestos, es posible que las dificultades que llevan a la ineffectividad se presenten en el plano de la eficacia como en el de la efectividad. Comenzaremos por el último supuesto.

3.2.1. Normas eficaces, pero no efectivas por problemas el plano de la efectividad

El más frecuente de estos problemas en la efectividad se presenta cuando existe un *diseño institucional equivocado* (C1 no conduce a R1). En estos casos el medio escogido por el legislador no conduce al fin o resultado esperado, hay un problema de racionalidad entre medios y fines. En este sentido:

Requerir que un medio sea «adecuado» para lograr un objetivo es exigir que ambos factores resulten instrumentalmente vinculados. La cualidad de instrumental suele atribuirse a algo de acuerdo con su aptitud para lograr otra cosa. Se dice de alguien que es instrumentalmente racional cuando adopta los medios que contribuyen a conseguir aquello que se propone. Se caracteriza un razonamiento como instrumental cuando su conclusión es una aserción acerca de cómo se tiene que actuar y sus premisas dan cuenta de cierta relación entre dicha conducta y un estado de cosas pretendido. Por último, se afirma que una conducta o norma de conducta está instrumentalmente justificada cuando hace una aportación para realizar un objetivo determinado (para cuya realización se tienen razones suficientes) (GILES, 2023: 50).

Los problemas de adecuación o ausencia de racionalidad entre medios y fines (normas arbitrarias o irrazonables) pueden presentarse como casos muy evidentes que no requieren de otra corroboración que la valoración desde la

⁸ El principio de inviolabilidad de la persona establece que no es correcto moralmente imponer a las personas contra su propia voluntad sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio (NINO, 1985: 239).

razón práctica y no necesariamente profesional, aunque también hay casos más grises en los que se requieren de modelos de evaluación o de un cierto recorrido en el tiempo de la política pública o la norma en cuestión para evidenciar que las conductas obligatorias o prohibidas eran inadecuadas para alcanzar los resultados esperados.

Dentro de los casos de normas que de manera evidente no conducen al fin u objetivo social para el que han sido sancionadas propondré, a modo de ejemplo, el caso «Arenzon» de la jurisprudencia argentina, en donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma que exigía a los aspirantes a matricularse en el Profesorado de Matemática y Astronomía tener una estatura superior a 1,60 metros. La Corte Suprema argentina sostuvo que «[...] la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m.— no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía [...]»⁹. Asumamos que el fin de la norma se vinculaba de alguna forma con asegurar una educación de calidad a los estudiantes que serían enseñados por los profesores de matemática y astronomía (cualquier otro fin vinculado únicamente con las características propias de la complexión física hubieran sido inconstitucionales por otros motivos); si este presumido fin es aceptado entonces el medio escogido (altura superior a 1,60 m) no era conducente al propósito de promover la calidad educativa como con acierto señala el tribunal argentino. Es decir, en este caso había un serio problema en la racionalidad de medios a fines o, en otras palabras, el medio escogido no conducía al fin.

He mencionado anteriormente también como casos representativos de problemas de diseño institucional otros que son menos evidentes y que requieren para la constatación de la deficiencia en el diseño de la norma o conjunto de normas de cierto tiempo y/o de estudios dirigidos específicamente a su evaluación. En América Latina a partir de la década de los noventa sancionaron diversas leyes que promovían la política pública de titulación de tierras en barrios o asentamientos irregulares. Los programas se llevaron delante de manera bastante eficaz, es decir, en general, las normas que obligaban a los funcionarios estatales, por diversas vías, a conceder títulos de tierra a los habitantes y a registrarlas como tales se cumplieron. Las especulaciones racionales detrás de los programas de titulación de tierras auguraban, entre otras cosas¹⁰,

⁹ CSJN, «Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno Nacional, Ministerio de Educación» 15/05/1984 - Fallos 306:400, Considerando 5 del voto de la mayoría. De manera contundente también el voto particular de los jueces BELLUSCIO y PETRACCHI rechazó la constitucionalidad de la norma sosteniendo que ese tipo de políticas «...rebajan las calidades humanas a la mensurabilidad física, establecen acriticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empequeñecen la figura de los maestros al no advertir que si éstos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación» (Considerando 11 del voto de los magistrados BELLUSCIO y PETRACCHI).

¹⁰ Básicamente la teoría detrás de la formulación de los programas predecía beneficios tales como un aumento en las inversiones realizadas en el inmueble para promover mejoras en la habitabi-

que tras la obtención de los títulos de propiedad se accedería fácilmente al crédito (R1) y ello produciría una serie de ventajas para los beneficiarios tales como mejoras en los ingresos por aumento de la productividad (R2); sin embargo, en Argentina estos resultados no se obtuvieron¹¹: la relación entre propiedad y acceso al crédito no se confirmó (solo se verificó un modesto aunque positivo efecto respecto de créditos hipotecarios) (GALIANI y SCHARGRODSKY, 2010: 711). Tampoco se confirmó la relación entre título de propiedad y mejoras en los ingresos por aumento de la productividad de los propietarios (*ibid.*).

Otro caso interesante de una política pública eficaz pero no efectiva es la de los *microcréditos*: a principios del siglo XXI comenzó a difundirse como política de promoción del desarrollo y de combate de la pobreza especialmente centrado en ayudas a las mujeres, y fue recibida con mucho optimismo, pero luego de diversos estudios de impacto, se reveló que sólo tienen un modesto potencial beneficioso pero no una capacidad transformadora sobre la reducción de la pobreza o la mejora sustancial de los niveles de vida así como tampoco mejoras en los indicadores sociales (BANERJEE *et al.*, 2015: 13), incluso que el resultado del otorgamiento de microcréditos no necesariamente es positivo y puede ser negativo (*ibid.*: 1). Otra vez, las normas que integraban la política pública eran eficaces: se seleccionaba correctamente a las mujeres beneficiarias, se les concedía el microcrédito, se realizaban los seguimientos requeridos por el programa, etcétera, pero la efectividad no fue conseguida¹².

lidad (DE SOTO, 2000); acceso a la posibilidad de obtener créditos formales (*ibid.*); saneamiento en el sistema de transferencias de la propiedad y determinación de los precios de la tierra por las fuerzas de la oferta y la demanda (PNUD, Comisión para el empoderamiento legal de los pobres, 2008); aumento en los ingresos de los propietarios (DE SOTO, 2000) y mejoras en la provisión de servicios (PNUD, Comisión para el empoderamiento legal de los pobres, 2008).

¹¹ En Perú el resultado fue algo diferente tal como lo expone FIELD, 2005. En ese país el plan de titulación fue más ambicioso: entre 1996 y 2001 se otorgaron títulos al 80 por 100 de los habitantes que antes eran poseedores irregulares de las tierras. Esto benefició a 6,3 millones de personas, la mayoría de ellos viviendo debajo la línea de pobreza (FIELD, 2005: 281). A través de un estudio de impacto se encontró que se produjeron aumentos de un 68 por 100 en la mejora de las viviendas en los años inmediatos a la obtención del título (*ibid.*: 280). Aumentaron las solicitudes de crédito en un 110% pero sólo se concedieron el 49 por 100 de esas peticiones y a través de diversos análisis se concluye que gran parte de las mejoras en las viviendas se produjo con desembolsos del propio bolsillo de los nuevos propietarios (*ibid.*: 288). De esta forma, el estudio sugiere —a diferencia del realizado en Argentina— que la titulación de tierras sería un incentivo para aumentar la productividad individual o familiar cuando el acceso al crédito es limitado o no alcanza para satisfacer la demanda (*ibid.*: 288).

¹² Las conclusiones obtenidas respecto de Perú y Argentina en la titulación de tierras así como el estudio de los microcréditos provienen de estudios de impacto que aplican una metodología basada en la evidencia a través de Ensayos Controlados Aleatorizados (ECA) (BANERJEE y DUFLO, 2011). Para realizar estos ensayos se aplican modelos de investigación emulados de las ciencias duras, en particular, de los estudios farmacológicos y se divide a la población afectada en dos grupos: el «grupo tratado» (al que se le aplica la medida que se intenta evaluar) y el «grupo control» (que no recibe esa medida). Luego se produce un seguimiento de los resultados y efectos en cada grupo durante una cantidad de tiempo y ello permite obtener información bastante precisa sobre la eficacia, la efectividad y los efectos no esperados de las medidas evaluadas en comparación con otras o con el *statu quo* previo a la implementación de la política pública.

En estos últimos casos la falta de adecuación de medios a fines no aparece de manera evidente o inmediata sino luego de un tiempo de implementado el conjunto de normas que son la base de la política pública y, muchas veces, luego de estudios de impacto llevados adelante con el propósito de evaluar la política pública. Además de los estudios de impacto, los descubrimientos científicos muchas veces revelan, a mediano y largo plazo, la ineffectividad de normas que eran, sin embargo, eficaces.

Pero también debemos considerar que aún normas bien diseñadas pueden fracasar por la concurrencia de *factores externos a la norma* que la tornan ineffectiva (v.gr. circunstancias económicas adversas producidas por una crisis internacional, una pandemia o una catástrofe natural). Los sujetos realizan C1, pero las circunstancias excepcionales no permiten que se alcancen los objetivos buscados.

3.2.2. Normas eficaces, pero no efectivas por problemas en la eficacia (el caso de las normas formalmente eficaces)

Hay casos de normas eficaces, pero con baja efectividad que presentan su principal problema en el tramo de la eficacia y no en el de la efectividad como en los casos anteriores. Es decir, no se trata de un problema de relación entre medios y fines. En estos supuestos, como resultado de las dificultades en la eficacia no se alcanza R1 o hay una disminución del grado de obtención de R1. Se trata de lo que llamaré normas *formalmente eficaces*: los S cumplen mayormente con C1, *pero además* realizan C2 (o C3, C4, CN). Estas conductas alternativas, en este caso, compiten con C1 (no en un sentido físico o literal pero sí respecto de sus «fines normativos» NINO, 2005: 44-45), es decir, tienden a neutralizar o a rechazar R1 (resultados inmediatos o mediatos de N1).

La eficacia formal se presenta frecuentemente en el ámbito del derecho financiero e impositivo y en general en los ámbitos en los que las regulaciones imponen costes económicos que incentivan la generación de estrategias de elusión de alguna o algunas de las consecuencias de haber obrado conforme a N1.

Asimismo, las conductas alternativas total o parcialmente contradictorias con C1 pueden ser preexistentes a la sanción de N1 y en este caso el propósito inmediato de N1 podría ser el de eliminar esas conductas que conspiran contra R1; pero también esas conductas alternativas pueden (y suelen) ser producto de la propia existencia de N1, es decir, N1 puede generar una serie de incentivos perversos para el S que realiza C1, que lo lleva a realizar conjunta o sucesivamente con C1 otras acciones (C2, CN) como estrategia de elusión de alguna de sus consecuencias o para hacerla menos costosa en sentido amplio. No es necesario que C2 o cualquier conducta alternativa esté prohibida basta

con que esa conducta promueva el fracaso de N1 o de la política pública que integra N1 o que disminuya considerablemente su efectividad.

Un caso ocurrido en los Estados Unidos permite ver la versión más grave, el del fracaso absoluto de la efectividad producido por los incentivos perversos que generan ciertas normas. Al final del siglo XVIII en algunos estados de Estados Unidos la presencia de coyotes y otros animales salvajes se volvió un problema significativo para los granjeros y las autoridades. En Iowa, por ejemplo, se implementó una recompensa por la caza de coyotes. Ocurrió que se volvió más rentable entonces criar coyotes para obtener la recompensa que criar ovejas (PALMER, 1987: 63, citado por MORESO, 2016: 216). Claramente el objetivo de las autoridades no se consiguió, por el contrario, la existencia de la norma y la recompensa incrementó el número de coyotes en Iowa (MORESO, 2016: 216-217)¹³.

Otro caso interesante y actual es el de los efectos de las ampliaciones de prohibición de fumar a los espacios públicos abiertos: se ha detectado que los sujetos cumplen con la prohibición, es decir, no fuman en espacios públicos abiertos (no realizan C1) pero realizan una conducta alternativa (C2), que es fumar en sus hogares donde antes no lo hacían. Esto ha reducido la efectividad (sin llegar a hacerla desaparecer) de las restricciones a los fumadores y tiene un efecto bastante desventajoso, pues los mayores afectados son niños y mujeres convivientes con los fumadores que siguen siendo mayoría de varones (OMS 2010, Cap. IV; WIPFLI *et al.*, 2008; AGRAWAL *et al.*, 2015).

En el capítulo 7 se abordará el tema de los *efectos* de las normas y allí se verá que cuando las conductas alternativas son endógenas a N1 o producto de N1, como en el caso de los criadores de coyotes o los fumadores en el hogar, pueden ser consideradas como efectos disfuncionales de N1.

Ambos supuestos (conductas preexistentes o conductas endógenas a la norma) permiten sostener la caracterización de N1 como una norma *formalmente eficaz*.

Finalmente puede enumerarse un caso más de normas eficaces, pero no efectivas cuyo problema puede identificarse tanto en la eficacia como en la efectividad. Se trata de las normas con alto nivel de eficacia (aquí sí en el sentido de que son acatadas en la mayoría de las ocasiones por la mayoría de

¹³ Advierto que el ejemplo tiene una complejidad que es necesario aclarar: la norma (N1) que generó el incentivo perverso de realizar una conducta alternativa (C2, criar coyotes) es una norma de la cual no se puede predicar eficacia porque no establecía una prohibición o una obligación sino (presumiblemente) un permiso y un incentivo para hacer uso del permiso. Se trata de un tipo particular de normas que serán analizadas más adelante en donde el «uso» del permiso o potestad es la opción preferida del legislador y por ello se promueve mediante un incentivo. En este caso la norma que perdió eficacia tal vez no haya sido N1 (está permitido cazar coyotes y se entregará una recompensa por ello), sino otra u otras, posiblemente más genéricas (v.gr. «está prohibido criar en ámbitos domésticos animales peligrosos» o «está prohibido realizar actividades que pongan en peligro la salud o la propiedad de terceros»).

los sujetos normativos destinatarios de ella) pero que no son acatadas por un subgrupo con relevancia significativa dentro de los destinatarios. Ya se ha referido a este ejemplo imaginario: una norma en determinado sistema prohíbe dar y recibir dádivas a los funcionarios públicos y en el que el 99 por 100 de los funcionarios y ciudadanos cumple con ella, pero el 1 por 100 encargado de las contrataciones más importantes no lo hace. Aquí es posible que algunos de los resultados sociales esperados por la norma se vean cumplidos pero que otros —tal vez muy importantes— no se puedan realizar por la *calidad* de los sujetos que incumplen N1. Este ejemplo permite divisar un posible nuevo elemento para sumar a futuros estudios sobre los requerimientos de la eficacia: la necesidad de un análisis o consideración cuali/cuantitativa en el acatamiento o cumplimiento de las normas.

3.3. NORMAS NO EFICACES, PERO EFECTIVAS (EFECTIVIDAD IMPROPIA)

Aunque infrecuente, no es imposible pensar que los resultados sociales esperados sean obtenidos a través de conductas diferentes de las prescriptas por las normas, por la concurrencia de otras conductas (C2, C3, CN). Sin embargo, para que este nivel de análisis sea relevante y se produzca la llamada *efectividad impropia* se debería poder afirmar que estas conductas alternativas que conducen a R1 *no se producirían* si N1 no existiera. Se trataría de un efecto funcional de N1 en el que paradójicamente N1 es incumplida (volveré sobre esto en el capítulo 7).

Así, por ejemplo, la norma que obliga a frenar completamente el automotor en las señales de «stop» o «alto» o «pare» es generalmente incumplida por los conductores en muchos países como Italia, España y América Latina. La obligación de detener el coche se reemplaza, en el mejor de los casos, por una disminución de la velocidad y una mirada rápida hacia la bocacalle o simplemente por esta última acción¹⁴. Sin embargo, a pesar de la ineficacia de la norma, su finalidad (podríamos asumir razonablemente que es evitar colisiones con otros vehículos), en términos generales, se cumple por la presencia de las otras conductas descriptas (disminuir la velocidad y mirar). Si el cartel de «pare» (N1) no existiera, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían con especial cuidado, sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles.

¹⁴ Las legislaciones nacionales consultadas son contestes en exigir la detención total del vehículo (España, Italia, Argentina, Chile, Colombia, República Dominicana, México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Bolivia). Estos reglamentos de tránsito son además consistentes con la Convención de Viena sobre la Señalización Vial (1968) que en su art. 10.3. dispone «La señal B.2 “Alto” se empleará para indicar que, en la encrucijada donde está colocada, los conductores deben detenerse antes de internarse en ella y ceder el paso a los vehículos que circulen por la vía a la que se aproximen...».

Algo similar ocurre con los límites máximos de velocidad en las autopistas que, si bien en condiciones climáticas normales suelen ser incumplidos, en general, hay un comportamiento prudente si en cierto tramo se indica una disminución notable del límite de velocidad.

La efectividad impropia de las normas no es ideal, pero es cierto que a veces es un buen conductor a la consecución de resultados, aunque la eficacia como adecuación de conductas se vea frustrada. Sin embargo, en ciertos casos ajustes legislativos vinculados, por ejemplo, con aumentos de incentivos para cumplir las normas pueden contribuir a mejorar la eficacia. Y dichos ajustes es previsible que funcionen ya que los sujetos no realizan conductas obstaculizadoras de la efectividad, por el contrario, sus conductas prudentiales se alinean con la consecución de los objetivos o resultados esperados (a diferencia de los casos de norma formalmente eficaces en donde los sujetos no se muestran alineados con que se realicen los objetivos de la política pública). Hay otros casos en los que la presencia de la efectividad impropia resuelve problemas que son característicos de la generalidad de las normas que no tienen la flexibilidad para adaptarse a situaciones extraordinarias. En España los vehículos que circulan por las carreteras tienen prioridad sobre aquellos que pretenden ingresar a ellas y esto en general se cumple en condiciones normales de tránsito; sin embargo, en ciertas situaciones de congestión vehicular se ha desarrollado una convención informal en la que cada vehículo de los que van por la autovía cede el paso solo a un vehículo y avanza, el siguiente realiza la misma actividad y de este modo se intercalan un vehículo y otro permitiendo la incorporación de vehículos a la vía principal.

3.4. NORMAS CON BAJA O NULA EFICACIA QUE ADEMÁS NO SON EFECTIVAS

Este es el caso más obvio de fracaso de la efectividad. La conducta C1 no se cumple: sea porque (a) se omite la realización de la conducta obligatoria (o se realiza la conducta prohibida) o porque (b) *además de omitirse su realización* (o realizarse la conducta prohibida) se llevan adelante otras conductas (C2, C3 o C4). Como resultado de la falta de cumplimiento de N1(C1), tampoco se obtienen los resultados esperados.

En el primer caso (a) en donde los sujetos no realizan las conductas obligatorias o realizan las conductas prohibidas y el resultado esperado no se alcanza la cuestión es bastante sencilla de identificar y valorar: por ejemplo, los encargados de definir las listas de los partidos políticos no cumplen con la obligación de incorporar a mujeres en ellas para cargos parlamentarios y de esta manera no se alcanza el porcentaje esperado de mujeres en cargos electivos políticos.

Sin embargo, el caso (b) es más complejo, pues puede generar una falsa apariencia de éxito de la política pública sin que en realidad esta cumpla los objetivos para los que ha sido diseñada (efectividad). Esto suele ser reflejarse, por ejemplo, en los casos de corrupción o pequeña corrupción. Según explican GRUENBERG y PEREYRA IRAOLA (2009) en América Latina los mecanismos de implementación de los programas de ayudas sociales en la década de 1990 resultaron en una mutación de las relaciones clientelares. Estos nuevos planes sociales entregaban a los beneficiarios dinero en efectivo (en lugar de en especie o vía subsidios como anteriormente) y eran distribuidos, entre otros mecanismos, a través de «caudillos barriales», cuadros políticos menores y otros contactos personales que actuaban como intermediarios o *brokers*. La política pública que se implementó con una finalidad interesante que permitía más autonomía a los receptores de las ayudas, se transformó rápidamente en moneda de cambio de favores partidarios y en algunos casos también se requería a los beneficiarios, a través de los intermediarios, el aporte de un porcentaje de lo recibido a personas, estructuras partidarias o barriales o el voto a un partido para poder seguir cobrando el beneficio (GRUENBERG y PEREYRA IRAOLA, 2009). En este sentido podemos asumir que los caudillos barriales no siempre cumplían con C1 (seleccionar para el programa de ayuda social a quienes cumplían con los requisitos, por ejemplo, ausencia de ingresos) y que, en cambio, realizaban una multiplicidad de conductas: C2 (seleccionar a quien tenía ingresos a sabiendas de esta situación pero que retornaban al caudillo un porcentaje de lo cobrado), C3 (seleccionar a quienes prometían votarlos), C4 (seleccionar a quienes ya estaban cobrando otro programa de ayuda social), entre otras conductas posibles, siendo todas estas conductas diferentes a C1. En estos casos si los resultados esperados (por ejemplo, disminución de la pobreza en el quintil más bajo) no se alcanzaban *debido a* la no realización de C1 la norma (N1) no era ni eficaz ni efectiva.

Casos como este son muy relevantes para el análisis de las políticas públicas ya que, en apariencia, la política pública se ve en marcha y *a priori* funcionando (a diferencia de los casos que muestran claramente un fracaso como si un parlamento no logra conformarse con X proporción de mujeres). Es una situación claramente diferente del caso de la ineficacia de la o las normas que *paraliza* la política pública. Sin embargo, en casos como los de la distribución de los planes sociales en la década de los noventa hay una *apariencia* de cumplimiento que puede exhibir la falsa idea de que la norma es eficaz y efectiva.

De este modo, el análisis de la eficacia del conglomerado de normas mediante las que se construye la política pública es esencial, no solo para poder explicar eventuales fracasos de la política pública sino también para, en el transcurso de vigencia de ella, reformular o reforzar la exigencia de cumplimiento de esas normas que hacen fracasar la política o disminuyen su efectividad o eficiencia.

3.5. ALGUNOS CASOS ATÍPICOS DE INEFICACIA E INEFECTIVIDAD

Los casos de ineficacia más comunes se vinculan con la dificultad de las normas para motivar la conducta y esto es problemático porque la efectividad (el resultado) que se pretende alcanzar con la realización de esas conductas resulta de interés para el legislador (o para el gobierno) o forma parte de una política pública que está vigente o es contribuyente a que se realicen principios u objetivos constitucionales. Hay sin embargo algunos problemas de eficacia que tienen un impacto diferente, pues el resultado esperable en estos casos ya no es de interés del legislador o ha dejado de ser relevante o no es un problema que las políticas públicas deban resolver.

Algunos de estos casos pueden ser identificados como sigue:

I) Hay casos paradójicos en donde se presenta eficacia y efectividad, pero ya ha desaparecido la situación generadora de la necesidad de la norma. Es decir, se trata de casos en donde la interacción social ya no está fallando (WINTGENS, 2012: 283). El caso de la subsistencia de la regulación penal sobre el duelo en muchos códigos penales de occidente es un ejemplo de ello¹⁵. Las normas sobre duelo, por un lado, castigan la realización del duelo o la participación en él como padrinos y, por el otro, reducen las penas en caso de homicidios o lesiones. En este caso el resultado social esperado no ha perdido actualidad, ya que continúa siendo valioso que los habitantes no se maten o se hieran entre ellos por razones de honor. Es decir, nadie duda de que sigue siendo un resultado social valioso que la gente no se bata a duelo, pero la norma ha perdido sentido por la desaparición de la práctica social que conducía al resultado indeseado. También, por la misma razón, ha perdido sentido la disminución de las penas de homicidio y lesiones cuando estos resultados son producto de un duelo.

Por supuesto que el análisis que debiera realizar el legislador en estos casos debe ser minucioso: si bien puede estar justificada la derogación de la regulación penal del duelo, ello no es equivalente a pensar que la derogación del delito de genocidio esté en el mismo plano, por más que haga más de cincuenta años que no se produce un genocidio en un determinado país (o que nunca se haya producido). En ciertos casos la existencia de una ley se justifica por razones vinculadas a los valores más importantes del ordenamiento jurídico y aunque su existencia sea solo simbólica (en el sentido positivo indicado por VAN KLINK, 2016: 24), no resulta prudente su exclusión. Por otra parte, la

¹⁵ Por ejemplo, el Código Penal argentino mantiene esta regulación en los arts. 97 a 103.

Por algún motivo que no comprendo Carlos NINO entendía que la regulación del duelo era ineficaz (NINO, 1989: 289).

posibilidad de que ocurra un genocidio aun siendo improbable no está excluida. Es cierto que lo mismo podría ocurrir con el duelo, aunque es más dudosa su reaparición dado que es una práctica que por muchas razones culturales y también de éxito de algunas normas jurídicas, ha caído en desuso¹⁶.

II) Hay otras normas que deberían revisarse por su falta de efectividad. Se trata de normas las que establecen como obligatorias o prohibidas conductas que han quedado obsoletas o desactualizadas, aunque, al igual que en el caso del duelo, el resultado social esperado de ellas sigue siendo valioso. La diferencia con el caso anterior es que en estos el resultado social no se logra alcanzar por la forma anacrónica en que está concebida regulación de la conducta (no porque haya desaparecido la posible interacción social disvaliosa que debe regularse como en el caso del duelo). SCHAUER (2013: 40) propone el ejemplo de la Séptima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que prohíbe que se someta a juicio por jurados todo litigio que no supere los veinte dólares. El resultado social esperado con la regla era evitar poner en movimiento la maquinaria judicial por juicios con poca relevancia económica, y sigue siendo una razón válida o un resultado valioso, vigente y coherente con los valores del sistema jurídico. Sin embargo, la depreciación del valor de la moneda desde 1791 hasta hoy ha tornado a esa suma irrelevante y en este caso «las palabras de la ley derrotan a su propósito» (SCHAUER, 2013: 41). La revisión legislativa de este tipo de normas generaría que regulaciones cuyo fin es relevante volvieran a ser efectivas.

III) El último caso de normas inefectivas que tiene impacto en la efectividad es tal vez el más grave, y se presenta cuando el resultado social esperado es el que ha quedado superado o desactualizado, y justificar (hoy) el mantenimiento de la norma en el sistema jurídico resultaría problemático y plantearía problemas de coherencia o incluso de consistencia. En estos casos, las normas pueden ser eficaces o no, pero más allá de ello el problema es que el resultado social esperado —a diferencia de lo que pudo haber ocurrido en el momento de su dictado y de lo que ocurre con los dos casos anteriores— es hoy considerado disvalioso, innecesario o superfluo con relación a los valores que ha incorporado el sistema jurídico.

¹⁶ La regulación del duelo en Estados Unidos es interesante como caso de resolución legislativa de un problema con una orientación no lineal: cuando se comenzó a regular legislativamente esta práctica social altamente arraigada, los estados optaron por diferentes caminos: a) la prohibición lisa y llana del duelo con las correspondientes sanciones penales; y b) una forma indirecta de desaliento de la práctica mediante la imposición de una inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos a quienes participaran en un duelo. Esto resultó ser una solución legislativa interesante ya que la mayor parte de los participantes en esta práctica ocupaban cargos públicos o tenían aspiraciones de hacerlo. Dentro de la estructura retórica de la elite que estaba socialmente obligada a aceptar los duelos, una ley prohibiendo esta actividad «no era suficiente razón para rechazar un duelo» (LESSIG, 1995: 971). De hecho, una norma del *Common Law* ya prohibía la actividad y había resultado completamente ineficaz. Por el contrario, la imposibilidad de ejercer cargos públicos (que era considerado «un deber de las elites») generaba un conflicto de deberes: el de aceptar el duelo y el de servir a la Nación. Esta alternativa resultó un poco más eficaz que la primera opción (LESSIG, 1995: 971-972).

Hay muchos ejemplos de este tipo de situaciones. Todavía están vigentes, por ejemplo, normas que prohíben a las mujeres administrar sus bienes cuando han contraído matrimonio (art. 1749 del Código Civil chileno); o que impiden a las mujeres realizar ciertos trabajos como «el expendio de bebidas alcohólicas, destiladas o fermentadas y en cualquier local o dependencia en que se expendan» (art. 11 de la ley 11.317 de Argentina). El cumplimiento de esta última norma llevaría al absurdo de que las mujeres tuvieran prohibido trabajar en todo tipo de restaurantes, cafeterías, bares e incluso en supermercados. Las normas que prohíben a las mujeres este tipo de trabajo en Argentina son completamente ineficaces, no así la del Código Civil chileno que tiene una eficacia relativa, pero ambas comparten un problema de racionalidad sustantiva por ser incompatibles con los valores actuales del sistema jurídico.

CAPÍTULO 4

LA EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE NORMAS

Hay una relación que intuitivamente parece incontrovertible entre eficacia como realización de conductas (E1) y la aplicación de las normas en caso de su incumplimiento. No importa cuán bien diseñada esté una norma jurídica, si no hay consecuencias por violarla, su poder de guía disminuye sustantivamente. Ello es así incluso cuando la ley es «significativa» para los sujetos o sus razones son lo suficientemente comprendidas por los destinatarios como para motivar su cumplimiento (y por los restantes miembros de la comunidad como para ejercer una presión social para motivar su cumplimiento). De acuerdo con HART:

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquel ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas «reglas de adjudicación». Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir (HART, 1998: 20).

Como se dijo, las intuiciones, incluyendo la contenida la cita del párrafo anterior, parecen coincidir en que hay una vinculación entre eficacia en la aplicación (E2) y eficacia como adecuación de las conductas a la norma (E1), sin embargo, la coincidencia de intuiciones no comparte siempre los fundamentos o razones de cómo y por qué se presenta esa relación. Estos fundamentos pueden ser distinguidos del siguiente modo: la relación entre E1 y E2 se puede presentar, a) al *reemplazar* la eficacia en E1 mediante la aplicación, b) al *in-*

centivar la eficacia en E1 mediante la aplicación o, c) al entender que hay una forma de eficacia simplemente con la aplicación (que no se vincula con E1).

La referencia que se hace aquí a «la aplicación de la ley o de las normas» es amplia y puede sintetizarse en el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de una norma y, en caso de no ser posible, le imponga al incumplidor una sanción (HIERRO, 2003: 139).

La adjudicación o aplicación de la ley requiere necesariamente de diversas etapas: (a) un aspecto pre-adjudicativo vinculado a actividades de fiscalización, prevención y control por parte del Estado. Este tipo de actividad del Estado puede no estar presente en algunos casos, especialmente vinculados al derecho privado, cuando los particulares tienen la postestad de acudir directamente a los tribunales o a otros órganos de adjudicación. La etapa de pre-adjudicación ha recibido generalmente menos atención que la de adjudicación, aunque parece ser sumamente relevante. Naturalmente también incluiré (b) las actividades propiamente de adjudicación como la que despliegan el poder judicial y otros órganos (instancias administrativas de resolución de controversias, por ejemplo); y (c) las actividades de post-adjudicación, es decir, aquellas acciones necesarias para hacer cumplir la resolución dictada en la etapa de adjudicación. Si todo el proceso desde la pre-adjudicación a la adjudicación funciona correctamente, pero luego el Estado es incapaz de hacer valer la consecuencia impuesta o incumple el incentivo prometido, la capacidad de la aplicación para promover la eficacia (en cualquiera de los fundamentos que se verán) se pierde significativamente.

Por otra parte, pareciera que cuando se hace referencia a esta versión de la eficacia como aplicación o mediante la aplicación (E2), es necesario no solo que se concluya el proceso de adjudicación, sino que además se aplique la norma ineficaz en E1, esto quiere decir, que se la declare incumplida, violada, quebrantada, etcétera. De lo contrario, atribuir algún efecto sobre la eficacia en E1 parece inviable si finalmente se declara que N1 no fue ineficaz en E1.

4.1. FUNDAMENTO 1: EFICACIA COMO APLICACIÓN PARA RESOLVER LA INCONMENSURABILIDAD DE LA OBEDIENCIA

Ya hemos visto en 2.4 que hay un problema (que es bastante relativo) en la evaluación de la eficacia como realización (E1) (en cualquiera de sus versiones: correspondencia, acatamiento o cumplimiento) que se presenta respecto de las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva. Como se dijo, se trata de normas que imponen deberes negativos generales, *erga omnes*, y tienen un número inmenso, tendiente al infinito de

ocasiones de cumplimiento (en la mayor parte de las ocasiones, la mayor parte de los sujetos normativos no matamos, no lesionamos, no robamos, etcétera) (HIERRO, 2003: 79). Se trata de normas que generan el problema de la «incommensurabilidad de la obediencia» (HIERRO, 2003: 79). Como también se ha adelantado, el problema es relativo, pues si variamos la idea de que la eficacia debe medirse de manera exclusivamente cuantitativa o si abandonamos la idea de la mitad más uno para aceptar que hay eficacia, el problema deja de ser tan importante.

Un posible fundamento (fundamento 1) de la idea de la eficacia como aplicación (E2) es justamente el problema de la incommensurabilidad de la obediencia: si no es posible determinar la ineficacia (y por lo tanto tampoco el grado de eficacia) de N1 en E1 entonces la aplicación de N1 en E2 puede ser un indicador de su incumplimiento y un modo de tornarla eficaz.

Sin embargo, este primer posible fundamento ha sido criticado por no resolver realmente el problema. Como propone HIERRO reconstruyendo el pensamiento más difundido sobre el tema, (1) una norma jurídica es eficaz (en E1) si es general y mayoritariamente cumplida, o (2) una norma jurídica es eficaz (en E2) si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada (HIERRO, 2003: 141). De lo anterior se infiere que (a) la norma será eficaz si es general y mayoritariamente cumplida (eficaz en E1), aun cuando en los casos de incumplimiento la norma no fuese general y mayoritariamente aplicada (ineficaz en E2); (b) la norma será eficaz si aun siendo general y mayoritariamente incumplida (ineficaz en E1), fuese general y mayoritariamente aplicada (eficaz en E2) (*ibid.*). Por lo tanto, si esto es así, la situación descrita en (a) impide que se resuelvan, a través de la faceta de la aplicación, los casos de incommensurabilidad de la obediencia. Ello pues el problema radica en que adicionar la faceta de la aplicación no cambia en nada la dificultad para superar la tendencia al infinito de situaciones de cumplimiento de este tipo de normas que se consideran como comportamientos adecuados (eficacia E1).

Por otra parte, aun aceptando el razonamiento integrado por a) y b) como sin deficiencias para resolver el problema de la incommensurabilidad de la obediencia, este fundamento tiene la dificultad, de que requiere que la norma sea «general y mayoritariamente aplicada» por los tribunales para ser eficaz en caso de que la norma sea «general y mayoritariamente incumplida» por lo que hay una expectativa de exhaustividad en su aplicación. Como se verá también en los fundamentos siguientes, la idea de la eficacia como aplicación cuando requiere que se materialice de forma exhaustiva o cuasi exhaustiva es de imposible realización ya que, como es notorio, no todos los incumplimientos son llevados a una instancia de adjudicación. Aunque es imposible saber siquiera de forma aproximada la «cifra negra» de incumplimientos no denunciados o llevados a alguna instancia de adjudicación esta parece ser mucho mayor que los hechos que sí son llevados a instancias de posible adjudicación.

4.2. FUNDAMENTO 2: EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN COMO REALIZACIÓN FÁCTICA DE LAS CONDUCTAS OMITIDAS EN E1

El fundamento 2 se asienta en posibilidad de que mediante la aplicación (E2) se puedan reemplazar los resultados de la ineficacia en E1. Si bien es aceptable que, en ciertos casos, la aplicación de la ley puede devolver las cosas al *statu quo* anterior a la infracción o puede obligar a aquellos que han infringido la ley a cumplir con ella (pagar los impuestos evadidos o devolver la cosa dañada a su estado anterior, por ejemplo) por diversas razones la idea de aplicación como realización fáctica de E1 resulta deficiente. Sin pretender profundizar en los problemas que presenta, se identificarán algunos de ellos:

a) Muchas normas no pueden ser eficaces (en el sentido de realizar la conducta prescripta) mediante la aplicación. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho penal, en el cual la aplicación de las normas puede derivar en la declaración de culpabilidad y privación de la libertad del autor u otra sanción, pero, por lo general (hay excepciones), no en darle eficacia, en el sentido de E1, a la norma incumplida;

b) Por otro lado, los casos en que los reclamos por incumplimiento de las normas llegan a ser aplicadas por los tribunales son, en términos generales, numéricamente insignificantes, como ya se adelantó. De este modo, la ausencia de eficacia (E1) como motivación de la conducta difícilmente se vea sustituida por la eficacia mediante la aplicación, al menos no de una manera significativa y en su sentido agregativo: si la mayoría de los sujetos en la mayoría de las oportunidades no realiza C1 (que es ordenada por N1) difícilmente la aplicación logrará la producción de esa «mayoría» de conductas realizadas o no realizadas (cualquiera sea el criterio de mayoría necesario o considerado en cada caso).

c) Lo mismo ocurre con los problemas de ineffectividad derivados de la ineficacia: difícilmente se alcancen los resultados sociales esperados si la eficacia se pretende remediar caso a caso mediante la aplicación de la norma incumplida.

d) Finalmente, una norma que solo fuese eficaz mediante la aplicación no sería eficaz en el sentido de acatamiento o cumplimiento que le he dado al término en este trabajo. Como explica POSTEMA, si una sociedad se rigiera por un conjunto de normas generales en la cual el comportamiento de sus miembros se encontrase en gran medida de conformidad con ellas, pero únicamente en virtud de los esfuerzos de un vasto ejército de funcionarios encargados de hacerlas cumplir, no serían las normas las que guiarían la conducta de los miembros de esa sociedad sino las acciones de quienes las hacen cumplir (POSTEMA, 2012: 86).

4.3. FUNDAMENTO 3: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR DISUASIÓN INDIVIDUAL

Hay otro fundamento que explicaría la relación entre la aplicación y la eficacia (E1) mediante un efecto indirecto: el que se presenta como la disuasión (o incentivo) sobre la persona condenada o declarada responsable para no volver a infringir la norma (disuasión especial) (Véase FRIEDMAN, 1975: 67-73). Sin embargo, la disuasión individual presenta una situación que es solo de relativa importancia para conseguir que la norma adquiera eficacia como acatamiento o cumplimiento (E1) en un sentido agregativo, pues, al igual que en los supuestos anteriores, se requeriría que llegaran a la instancia de aplicación una cantidad de casos muy significativa para que la aplicación de la ley se transformara en un mecanismo que produjera la eficacia de la norma primaria mediante la disuasión individual en su versión agregativa. Nuevamente el problema de la exhaustividad o del alto grado estadístico exigido a la aplicación y la exigencia de adjudicación positiva (condena, sanción, etcétera) vuelven a este fundamento al menos incompleto para sostener una vinculación fuerte entre E2 y E1.

Un caso de excepción a la objeción anterior sobre la exhaustividad sería que los incumplidores y condenados fueran un conjunto muy reducido de personas que concentran todas o casi todas las oportunidades de cumplir o violar N1 (como las automotrices o las empresas petroleras) por lo que la disuasión individual al promover cambios en los futuros comportamiento de estos sujetos podría generar realmente eficacia en E1 en su sentido individual y agregativo, y también cooperar para su efectividad. Imaginemos que las cinco empresas automotrices de un país son condenadas por violación a N1 que las obliga a brindar cierta información a los consumidores; es previsible que no volverán a realizar la actividad por la que se las condenó y al ser una condena que abarca a la totalidad de los sujetos normativos obligados por N1, puede generar eficacia en E1 e incluso que se alcancen los resultados esperados debido a la exhaustividad del caso (es decir, que además de ser eficaz la norma será efectiva). En ciertos ámbitos como el del consumo cuando los oferentes son limitados o hay un oligopolio o en el ámbito de la protección de la competencia comercial es posible encontrar mejores perspectivas de que el fundamento de la disuasión individual tras la adjudicación genere mejoras o resuelva la ineficacia en E1 e incluso promueva la efectividad.

4.4. FUNDAMENTO 4: EFICACIA COMO APLICACIÓN Y DISUASIÓN GENERAL

Este fundamento nos propone una segunda relación indirecta entre aplicación como eficacia (E2) y eficacia (E1): la disuasión general. Esta es tal vez

más interesante y amplía en cuanto a sus posibles alcances que las de los fundamentos anteriores, aunque como debilidad podemos identificar que para ser eficiente requiere de algunas precondiciones jurídicas y fácticas que no siempre están aseguradas. Cuando están presentes las precondiciones jurídicas y fácticas (por ejemplo, hay un buen sistema de detección de infracciones, hay rapidez en la aplicación de normas, existe alguna relevancia cuantitativa en la relación infracción-aplicación, las sanciones son adecuadas, se da publicidad a las sentencias, etcétera), la disuasión puede ocurrir de manera más general y este pareciera ser el canal más importante para influir en la eficacia como motivación de la conducta (E1).

Como se adelantó, la aplicación de la ley puede ser más o menos influyente en la disuasión general dependiendo del tipo de norma incumplida: para ciertas normas la eficacia como motivación de la conducta (E1) dependerá de una manera directa y más constante de la eficacia como aplicación (E2) (por ejemplo, la eficacia como acatamiento de la norma que penaliza la omisión de declarar ciertos bienes para el pago de tributos sobre el patrimonio), mientras que en otro tipo de normas la relación entre eficacia en la aplicación y eficacia como acatamiento será más débil (como en las normas que obligan a alimentar a los hijos o prohíben la profanación de tumbas o el incesto). Esta diferencia se puede explicar por el hecho de que hay normas jurídicas que coinciden fuertemente con normas sociales (o morales o religiosas). Por ello, en estos últimos casos, la aplicación de la norma por parte del Estado tendrá *per se* un efecto de disuasión general menos importante. Sobre este tema del refuerzo mutuo entre normas sociales y normas jurídicas se volverá en los capítulos 8 y 9.

Por el contrario, con relación a las normas jurídicas que no tienen un fuerte respaldo en normas extrajurídicas, su eficacia puede estar relacionada de manera más directa y proporcional con su aplicación. Es esperable frente a una huelga de policías o del poder judicial que los casos de canibalismo o de privación de alimentos a los hijos no se disparen, pero sí que todos dejemos de pagar por el aparcamiento en la vía pública.

Volvamos a esas precondiciones jurídicas y fácticas antes mencionadas: hay una relación entre la pre-adjudicación (detección de infracciones), la adjudicación y la post-adjudicación (aplicación de sanciones o cumplimiento de los incentivos) y el diseño de las sanciones e incentivos, que resultan relevantes para que la eficacia en la aplicación (E2) sea efectiva para promover la eficacia como motivación de la conducta (E1) en la disuasión general. En el diseño institucional que genera estas condiciones fácticas la actividad legislativa es otra vez relevante.

En primer lugar, la relación entre la sanción o el incentivo y la conducta incumplida/cumplida debe ser suficientemente equilibrada como para que motive el cumplimiento por parte de los sujetos normativos y no desmotive el cumplimiento por parte de los jueces por considerar desproporcionada la san-

ción o el incentivo. Sin embargo, en la ecuación que debiera hacer el legislador también tendría que incluirse la consideración de la capacidad del Estado en la etapa de pre-adjudicación y post-adjudicación, ya que incluso sanciones adecuadas o equilibradas (que incentivaran a las personas a cumplir y a los jueces a aplicarlas), podrían resultar de menor relevancia (o irrelevantes) si el problema es el mal funcionamiento de la etapa de pre-adjudicación o de post-adjudicación.

Para entender mejor esta idea podría servir como herramienta una adaptación muy simplificada de lo que en estadística se llama «esperanza matemática» o «valor esperado» (VE) y que se ha aplicado —entre otras muchas cosas— a explicar las elecciones racionales en los juegos de azar, como las loterías, a través de la relación entre el premio obtenido y la probabilidad de acertar. Trataré de adaptar esos términos a las necesidades de este texto: el valor esperado de un resultado incierto (en este caso ser sancionado por incumplir una norma) es igual a la multiplicación del valor de las consecuencias de ese resultado (la sanción o el incentivo) por la probabilidad de que esas consecuencias tengan lugar (la probabilidad de ser efectivamente sancionado) (Cfr. FERRER, 2008: 104). De este modo, el legislador debería valorar cuidadosamente las opciones de aumentar las sanciones, por ejemplo, por evasión impositiva, o mejorar el sistema de pre-adjudicación (haciendo más eficaz y eficiente la detección de estos casos) y/o mejorar el sistema para hacer más efectiva la concreción de la sanción (por ejemplo, el cobro de las multas por evasión impositiva).

Veamos algunas posibles combinaciones entre estos factores: si existe 0,2 de que una sanción por evasión impositiva sea efectivamente realizada (probabilidad de sanción, P_s) y la sanción (S) para el caso es de 10.000 euros de multa, el VE será de 2000; mientras que si se eleva (P_s) a 0,7 y se reduce (S) a 5.000 euros de multa, el VE será de 3.500 y por lo tanto una ecuación más efectiva como herramienta para generar el cumplimiento de las obligaciones impositivas y para la prevención general. En otro caso, el incumplidor de las obligaciones impositivas, aun sabiendo que si lo condenan existe un 0,7 de probabilidad de ser efectivamente ejecutado (P_s) tendrá pobres incentivos para cumplir la ley si lo que falla es el sistema de pre-adjudicación: es decir, si las chances de que el incumplimiento sea detectado son muy bajas, el valor esperado del cumplimiento descenderá. Continuando con el ejemplo anterior en el cual 0,7 (P_s) con una multa (S) de 5.000 Euros era una combinación más efectiva (arrojaba un VE de 3500), veremos que si la probabilidad de preadjudicación (P_p) se mantiene en un índice alto, por ejemplo en 0,8 el VE apenas disminuye (obtenemos en este caso un VE 2.800), mientras que si (P_p) desciende a 0.3 el VE se reduce a 1050 por lo que el estímulo para cumplir la ley (o el coste de incumplir) disminuye, y de este modo la aplicación de la ley como mecanismo de promoción de la eficacia (E1) es menos efectivo.

En síntesis, cuanto más alto es el VE, el incumplimiento de la ley genera más riesgos para el incumplidor (más oportunidades de ganar una lotería de la «fortuna inversa») y habrá más probabilidades de que la aplicación de la ley sea buen conductor para mejorar la eficacia como motivación de la conducta por disuasión general.

Finalmente, si bien el fundamento de la disuasión general requiere de un número relevante de adjudicaciones positivas para funcionar, a diferencia de los anteriores no requiere exhaustividad. La publicidad de los casos de aplicación de la norma incumplida también contribuye a promover la disuasión y pueden compensar la carencia de volumen de condenas en algunos casos.

4.5. FUNDAMENTO 5: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR RESTITUCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO QUEBRANTADO

Es posible pensar en un fundamento distinto de la eficacia como aplicación que se caracteriza por su no instrumentalidad con E1 (no está orientado a lograr que se realice E1). Este fundamento propone que a través de la aplicación se restaura la eficacia en un sentido no fáctico, reafirmando la vigencia, la confianza y la importancia de la norma ineficaz (en E1) y/o del derecho en general.

Los desarrollos que han hecho los teóricos del derecho penal al describir la prevención general positiva son útiles para comprender la idea de la sanción como restauración del orden jurídico o de la norma violada (entre muchos otros JAKOBS 1997, 9 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, 2006; MIR PUIG, 1986). Este fundamento de la eficacia (E2) como restauración del orden jurídico o de la norma ineficaz, no requiere exhaustividad en la aplicación ni parece requerir un alto índice de ocurrencia. El efecto es comunicativo como en el fundamento anterior, pero de una manera diferente que en la prevención general pues no tiene ninguna pretensión de cambiar el estado de cosas del mundo (por ejemplo, hacer eficaz N en E1), y no requiere por tanto la exhaustividad o el alto grado de ocurrencia que se presentaron como debilidades en los restantes fundamentos, especialmente en los tres primeros. Como contrapartida este fundamento de la eficacia como aplicación, si bien evita algunas de las dificultades señaladas anteriormente, es el menos relevante para promover eficacia en E1 (no le resulta relevante ser relevante) y en un planteo como el que aquí se efectúa preocupado por la relación eficacia-efectividad es una solución imperfecta.

4.6. ESTADO DE DERECHO, SEGURIDAD JURÍDICA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Otro aspecto que resulta importante respecto de la aplicación de las normas jurídicas es que para que se produzcan las eventuales consecuencias positivas que se han señalado anteriormente con relación a la eficacia (E1), los procesos deben enmarcarse en los requisitos mínimos del estado de derecho y ser respetuosos de ciertas garantías procesales¹.

La actividad principal que se lleva adelante en los procesos judiciales es la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho (FERRER BELTRÁN, 2003: 27).

El proceso judicial, además de buscar la verdad para poder llevar adelante la adjudicación, es decir, el dictado de una sentencia que resuelva el caso, cumple innegablemente otras funciones que podrían ser identificadas como *sociales* por su relevancia más allá de la resolución del caso entre las partes. Algunas de ellas se han identificado anteriormente: por ejemplo, la disuasión general e individual a través de la aplicación de normas primarias incumplidas o la restitución del orden jurídico quebrantado. Para identificar estas funciones sociales generales del proceso es necesario contextualizar al proceso dentro

¹ En otros trabajos me he dedicado con más profundidad a la cuestión del estado de derecho (ver FERNÁNDEZ BLANCO, 2020 y 2018), pero quisiera, aunque más no sea reproducir aquí los que considero son los requisitos mínimos consensuados de una versión formal del Estado de derecho: (1) la sujeción de las autoridades y las personas a la ley (o dicho de otra forma las personas y las autoridades deben ser guiadas por la ley). (2) La imposibilidad de modificar la ley si no es de acuerdo con procedimientos que se encuentran establecidos en la propia la ley; (2.a) la imposibilidad de modificar el contenido de la ley si existe una prohibición de hacerlo en ese sentido o una obligación de mantener el contenido de la ley. (2) y (2.a) son una consecuencia necesaria de la sujeción de las autoridades a la ley. (3) Para que (1), (2) y (2.a) sean posibles es necesaria la existencia de una relación de jerarquía de al menos un grado entre diversos tipos de leyes, siendo perfectamente compatible con el ED la existencia de jerarquías de más de un grado; (4) La necesidad de la existencia de un órgano de aplicación de la ley independiente de quien la crea y ejecuta; y (4.a) algún tipo de controles recíprocos entre las instituciones del Estado con consecuencias para los funcionarios o empleados cuando se incumplen (1), (2), (2.a) y (4) (*accountability*) (véase O'DONNELL, 2002: 324). Como parte del paquete mínimo del ED también se señalan algunas características que debieran tener las leyes. En este sentido, comparten los autores sin discusión que: 5) las leyes deberían ser públicas, generales, claras y comprensibles, prospectivas, fácticamente realizables y mínimamente estables. (5.a) Para poder guiar las conductas de las personas y funcionarios las leyes deben intentar conformar un sistema consistente. (6) Las normas deben aplicarse estricta e imparcialmente a los casos particulares y (6.a) el acceso a la justicia debe estar garantizado de manera amplia. (7) La igualdad ante la ley es también parte del acuerdo básico sobre estado de derecho vigente pero, por supuesto, no hay acuerdo sobre qué significa o qué alcance debería tener esta igualdad. Hace algunos años O'DONNELL sostenía que el consenso entre los actores políticos y los pensadores era en este punto solamente acerca de la *igualdad formal* (*ibid.*: 311-312). Hoy, sin embargo, podríamos afirmar que existe una aceptación de la idea de igualdad material que es por el momento *gradual*. Por ejemplo, nadie dudaría en afirmar la necesidad de igualar las condiciones de accesibilidad para las personas con discapacidades físicas, pero ya en el plano de las medidas de acción positiva en el acceso a cargos políticos para las mujeres la discusión será seguramente menos pacífica.

del esquema general de los propósitos del derecho que, como ya se ha adelantado y simplificando enormemente, es principalmente, aunque no de manera exclusiva, motivar la conducta de los sujetos normativos (ser eficaz en E1).

La concepción del proceso delineada más arriba, por la que se busca establecer la verdad como correspondencia, es la que mejor conduce a cumplir esta función social general del proceso dentro del esquema del derecho. En efecto, si el establecimiento de la ocurrencia de los hechos en el proceso no estuviese orientado a que estos correspondiesen de la forma más ajustada posible (y dentro de las posibilidades que brinda el contexto del proceso) a lo ocurrido, sería difícil que los restantes sujetos motivaran sus conductas en el derecho (disuasión general) o que lo hiciera el mismo sujeto en otra oportunidad (disuasión individual). Dicho de otro modo, si fuera el capricho o arbitrio del juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para esa conducta, no podría motivarse la conducta de los habitantes puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación (FERRER BELTRÁN, 2003: 27). Del mismo modo, si por ausencia de independencia o imparcialidad (o por cualquier otro motivo), fuese el magistrado el que impusiera las consecuencias jurídicas a su arbitrio, se generaría una disminución en la motivación para cumplir las normas ya que, otra vez, la conducta (el antecedente fáctico) resultaría irrelevante debido a que las consecuencias de ella no resultarían fáciles de prever y esta situación permitiría, de algún modo, especular con la aleatoriedad o la incerteza de las consecuencias de actuar en contra de lo que las normas disponen. Similares consecuencias se pueden advertir ante la ausencia de la aplicación *estricta* de la ley o en violación a la igualdad.

Es también posible ampliar el listado básico de requisitos generalmente consensuados del estado de derecho y agregar una visión del estado de derecho orientada a lo procesal (*procedural rule of law*) que de acuerdo con WALDRON serían requisitos universales del estado de derecho aplicables a los procesos. Estas exigencias son las siguientes: a) ser oído por un tribunal imparcial que tenga la obligación de actuar a partir de pruebas y argumentos formalmente presentados ante él en relación a normas jurídicas que regulen la imposición de penas, estigmas, sanciones o pérdidas económicas, entre otras consecuencias; b) jueces y magistrados formados jurídicamente cuya independencia de otros poderes esté asegurada; c) el derecho a ser representado por un abogado que cuente con el tiempo y la oportunidad necesarias para preparar el caso; d) el derecho de estar presente en todos los estadios críticos del proceso; e) el derecho de confrontar o interpelar testigos que declaren en contra del imputado; f) la seguridad de que las pruebas presentadas por el gobierno han sido obtenidas de una manera apropiada; g) el derecho a presentar prueba en beneficio de uno mismo; h) el derecho a exponer argumentos jurídicos sobre la valoración de la prueba y sobre la relevancia y pertinencia de las normas jurídicas

relevantes para el caso; i) el derecho a que el tribunal exponga las razones que sustentan la decisión y que estas sean sensibles o receptivas de las pruebas y argumentos presentados ante el tribunal; j) el derecho a presentar algún tipo de recurso ante un tribunal superior de similar carácter (WALDRON, 2011: 6).

Los requisitos enunciados por WALDRON coinciden, además, en buena medida con las garantías enunciadas en los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos (véanse, entre otros, art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Es decir, la mayoría de los requisitos enunciados por Waldron como necesarios para un Estado de derecho en su versión procesal, son derecho vigente en gran parte de los países occidentales.

Adicionalmente, una mejora en la seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación de las normas también contribuiría a mejorar la eficacia de las normas a través de la disuasión general: si la interpretación u otras circunstancias relativas a la aplicación de las normas se mantienen con alguna regularidad y/o no son cambiadas intempestiva y arbitrariamente, las personas tienen mayor posibilidad de acceder al contenido de la norma (que de acuerdo a una visión que comparto no es otro que el que la interpretación otorga) y de prever en el futuro las consecuencias de sus actos pasados, además de poder proyectar hacia el futuro con la relativa tranquilidad de que las reglas del juego no serán súbitamente alteradas. Estas situaciones de estabilidad estimulan que las normas sean acatadas pues de algún modo dan razones adicionales para su cumplimiento ya que podemos conocer, en definitiva, cuándo estamos cumpliendo una norma y cuándo no y también prever las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento. En definitiva, si los procesos de aplicación de la ley se realizan de manera racional, coherente y consistente (ÁVILA, 2015: 220), las posibilidades de que la aplicación de la ley actúe como refuerzo de la eficacia como realización (E1), previsiblemente, aumentarán.

En el ámbito de la aplicación del derecho una mayor fortaleza de la seguridad jurídica exige un esfuerzo adicional o un *plus* de motivación y fundamentación para las resoluciones judiciales cuando se modifica el rumbo de la jurisprudencia total o parcialmente. Finalmente, la duración razonable de los procesos, la publicidad y fácil accesibilidad tanto de la marcha de los procesos judiciales como de las sentencias definitivas o interlocutorias resultan factores que podrían contribuir a reforzar el proceso de sinergia entre aplicación y eficacia de la ley (E1).

CAPÍTULO 5

EFICACIA DE LAS REGLAS «ANTIDIRECTIVAS»: UNA VERSIÓN DE EFICACIA IMPROPIA Y OTRA DE EFICACIA HETERODOXA

Se podría objetar desde un uso riguroso del lenguaje técnico que esta versión no es realmente una descripción de la eficacia y en un uso estricto del sentido de eficacia en su primera versión (E1) puede ser una crítica acertada. Sin embargo, la intención aquí es describir y discutir diferentes versiones de eficacia y vincularlas con el logro de objetivos sociales (efectividad). Por lo tanto, me permito asumir que lo que desarrollaré se trata de una versión impropia de eficacia e ineficacia en uno de los supuestos que presentaré (5.1) y de una versión de eficacia heterodoxa el segundo caso que describiré (5.2).

Puede entenderse junto con SHAPIRO que las normas prescriptivas, es decir, las que imponen deberes o prohibiciones limitan nuestra libertad negativa, el objetivo de estas es imponer constreñimientos a nuestras acciones. Por el contrario, las reglas antidirectivas como las reglas que confieren poderes, otorgan permisos, potestades, facultades, etcétera, están designadas para incrementar nuestra libertad positiva. Ellas existen para proveernos la posibilidad de perseguir fines que valoramos (SHAPIRO, 2011: 60). En similar sentido HART sostuvo respecto de las reglas que confieren potestades, que estas acuerdan facilidades a los particulares para llevar a cabo sus deseos y son uno de los grandes aportes del derecho a la vida social (HART, 1998: 34).

En oportunidades, esos deseos o planes de vida que valoramos son más bien necesidades y/o se corresponden con el ejercicio de un derecho. Además, también en ocasiones, nuestros deseos o planes de vida coinciden con un in-

terés del Estado en que nos comportemos de esa forma (eligiendo vacunarnos frente a no hacerlo o eligiendo un coche eléctrico frente a uno que funciona con *diesel*, por ejemplo). Volveré sobre estos temas más adelante.

En principio, y tal como se adelantó, el esquema de la eficacia en su primera versión E1 (correspondencia, acatamiento y cumplimiento) no tiene sentido para valorar a las reglas antidirectivas, ya que una característica que presenten estas reglas es que cualquier opción que realice el sujeto es aceptable jurídicamente (no viola ni quebranta ninguna norma). En efecto, al no regular conducta alguna se ven satisfechas con cualquier proceder y no son susceptibles de violación (VERNENGO, 1983: 278). Si bien la eficacia como adecuación de la conducta (E1) no parece ser una alternativa a aplicar para valorar el éxito de una regla antidirectiva, existen posibles formas de abordar versiones no ortodoxas de eficacia con respecto a ellas (E3): a) una versión que llamaré ineficacia impropia por la imposibilidad de «usar» una de las alternativas disponibles (5.1) y b) una versión de ineficacia heterodoxa que se vincula con la posibilidad de medir el «uso» de una alternativa con relación a la otra (5.2).

5.1. INEFICACIA IMPROPIA POR LA IMPOSIBILIDAD DE «USO» DE UNA DE LAS ALTERNATIVAS QUE OTORGA LA REGLA ANTIDIRECTIVA

Las antidirectivas generan en los sujetos a los que están dirigidas dos o más alternativas de conducta y cualquiera de ellas es jurídicamente irreprochable. Así, la regla antidirectiva establece la opción de casarme o no casarme, vacunarme o no vacunarme, realizar un testamento o que mi herencia sea *ab intestato*, practicar la religión católica o la religión judía (o cualquier otra) o no practicar ninguna, etcétera.

Si alguna de estas opciones me es vedada o no puedo acceder a ella, hay una frustración en el uso de una de las opciones que se me otorgan y que he escogido para llevar adelante mis deseos, como sostenía HART, llevar adelante mis planes de vida como mencionaba SHAPIRO, o para afrontar alguna necesidad. Esta situación de imposibilidad de llevar adelante la conducta permitida hace que el derecho (la potestad, el poder, etcétera) sea meramente nominativo. Esta situación al menos intuitivamente se parece bastante a una idea de ineficacia.

Sin embargo, debemos tener claro que el origen de esta ineficacia, si aceptamos llamar así a esta situación, es impropio, pues el problema no está en la propia regla de la que no puede hacerse uso de una de las opciones que confiere sino en otras normas prescriptivas que son ineficaces. Para entender los casos de ineficacia impropia es necesario atender al razonamiento que sigue: las antidirectivas requieren, para tener algún sentido práctico, de la existencia

de normas prescriptivas a su alrededor, tal como lo han señalado respecto de los permisos ALCHOURRON y BULYGIN (1991: 236). En lo que aquí interesa, las normas prescriptivas relevantes para otorgar sentido a las antidirectivas pueden ser identificadas del siguiente modo: (a) en términos generales debe existir una obligación *erga omnes* de no interferir ilegítimamente en la posibilidad que otorga la regla para hacer o no hacer algo o hacer uso de una de las opciones disponibles; (b) una vez hecho uso del permiso, facultad, potestad, etcétera, surgirán para el sujeto que lo utilizó una serie de obligaciones, prohibiciones y probablemente también nuevos permisos (quien opta por vacunarse tendrá prohibido volver a vacunarse respecto de la misma enfermedad en un plazo determinado y se le permitirá, por ejemplo, visitar ciertos países por haber sido vacunado); (c) también luego de hacer uso del permiso surgirán para los terceros, ahora de manera más específica, nuevas obligaciones, prohibiciones y tal vez nuevos permisos que nacen de la nueva situación jurídica (por ejemplo, el personal de salud del sistema público tiene prohibido pedir un reconocimiento económico por haber vacunado a la persona, tiene la obligación de registrar la vacunación en el sistema, etcétera); (d) finalmente los jueces y/o las autoridades administrativas tienen la obligación de garantizar que se pueda hacer uso del derecho, potestad, permiso, etcétera, siempre que estén dadas las condiciones para ello y aplicar las normas correspondientes cuando se presenten incumplimientos de las obligaciones o prohibiciones en los casos a) b) o c) anteriores.

Veamos ahora los posibles casos de ineficacia impropia por imposibilidad de «uso» de una opción establecida por una antidirectiva (E3). Estos se originan en las siguientes situaciones: i) una opción es inaccesible para el sujeto que tiene jurídicamente la posibilidad de usarla porque otro(s) sujeto(s) realizó o no realizó una conducta que tenía prohibida o que era obligatoria para él (ineficacia en E1) y que estaba conectada con el uso de una de las opciones brindadas por la antidirectiva. Si el rector de una universidad pública obliga los profesores a vacunarse contra la gripe y esta vacunación es facultativa (asumiendo lógicamente que el rector no tiene competencia para derogar la norma que dispone que la vacunación es facultativa) habrá realizado una acción prohibida y por lo tanto hay una ineficacia en E1 que repercute en una ineficacia por imposibilidad de uso de una de las opciones disponibles (no vacunarse) (E3).

También podemos escoger un ejemplo en el que la imposibilidad de uso provenga del incumplimiento de una obligación: tal es el caso de los abortos en hospitales públicos en España antes referido (véase 2.2). Las mujeres que deciden interrumpir voluntariamente su embarazo tienen la opción de «usar» el sistema público de salud o escoger el sistema privado (sea a su coste o al de su mutua sanitaria si tienen alguna o a coste del Estado si es una clínica concertada), sin embargo, debido al incumplimiento de la obligación por parte de

los sanitarios y autoridades hospitalarias en el ámbito de la sanidad pública, el uso del sistema público está prácticamente vedado como elección.

Existe otra posibilidad y es que la ineficacia en E3 sea un problema de eficacia como factibilidad (ineficacia por razones objetivas) y entonces tampoco es una ineficacia propia de la regla antidirectiva, sino que se presenta, en realidad, en E4. Veremos más adelante la versión E4 de eficacia como factibilidad, pero simplemente para entender este argumento podemos adelantar que se trata de casos en los que el problema no es la dificultad de la norma para motivar la conducta, sino que, por razones objetivas, la norma es de imposible cumplimiento. Por ejemplo: escojo la opción de vacunarme y el personal sanitario está dispuesto a cumplir su obligación sin interferir en mi derecho (es decir, no hay un problema de motivación de la conducta, E1), sin embargo, las vacunas no están disponibles por una inundación que ha impedido ese suministro. En este caso veo frustrada una de mis opciones disponibles (E3) pero ello no se debe a una actividad ilegal o antijurídica de un tercero (como en el caso del rector de la universidad o en el de los sanitarios de la seguridad social en España respecto del aborto) sino a una razón objetiva (E4). Se volverá sobre el tema de la ineficacia de las antidirectivas por razones objetivas (E4) en el capítulo 6.

5.2. EL «USO» DE UNA DE LAS OPCIONES COMO EFICACIA HETERODOXA

En muchos casos a los legisladores les resulta indiferente que los sujetos escojan una u otra opción de las que ofrecen las reglas antidirectivas, es decir, en ocasiones, es difícil percibir una «opción preferencial» del legislador ni se puede especular con que exista. Así, debemos asumir que, en un estado liberal, al legislador le es indiferente que se practique una religión o no se practique ninguna; que dedique mis domingos a pasear por el parque o a leer; que lleve mi pelo largo o corto, rojo o rubio y los ejemplos podrían no acabar nunca.

Sin embargo, las complejidades de las sociedades modernas hacen que cada vez más sea posible identificar una opción preferencial para el legislador dentro de las opciones que confiere la regla antidirectiva. Esto es especialmente visible cuando la regla antidirectiva integra una política pública en donde la elección que realice el sujeto de «usar» una de las opciones de la norma, puede ser relevante para el éxito de la política pública. Así, es factible asumir, que durante la pandemia de la COVID-19 si bien la vacunación continuó siendo optativa en muchos países, el legislador y en general las autoridades, preferían que se vacune la mayor cantidad de habitantes contra esa enfermedad; de la misma forma sabemos que, debido a los intentos de disminuir la contaminación ambiental o el precio del petróleo, es factible asumir que el legislador preferirá que se escoja un coche eléctrico antes que uno a *diesel* o gasolina.

Esta no-neutralidad del legislador en cuanto a la opción que puede escoger el sujeto se visibiliza frecuentemente en el establecimiento de incentivos o, por el contrario, obstáculos o cargas que se establecen con relación a una u otra opción. Piénsese, por ejemplo, en las ventajas que se conceden en muchos ordenamientos al empleador que contrata a personas con discapacidades o los recargos en el pago de peaje para quienes circulan en sus vehículos en horas punta, o las ventajas que se conceden a los propietarios de vehículos eléctricos. Muchas veces, sin embargo, tales incentivos y cargas no se establecen y aun así es posible asumir que el legislador prefiere X a Y (como en el ejemplo de la vacunación).

Si bien no voy a profundizar en esto, se podría objetar que si el legislador tiene una opción preferencial debería declarar su obligatoriedad. Sin embargo, esta no es una objeción válida en una sociedad liberal: la razón primordial por la que el legislador no establece como obligatorias ciertas opciones que serían de su preferencia es que en los Estados liberales no siempre es aceptable la interferencia en la autonomía en pos del bien común, ni el paternalismo cuando no estamos frente a incompetentes básicos (véase GARZÓN VALDÉS, 1988).

El uso de una de las opciones puede dar lugar a los resultados esperados (efectividad) de una política pública. En estos contextos es relevante saber si la opción preferencial del legislador está siendo adoptada mayoritariamente por los sujetos o no lo está y si es posible escogerla o no lo es, por lo tanto, esta eficacia heterodoxa, tiene un sentido práctico en la evaluación de políticas públicas o en la evaluación del impacto de normas en mejoras sociales.

CAPÍTULO 6

EFICACIA COMO FACTIBILIDAD (INEFICACIA POR RAZONES OBJETIVAS)

Hay una precondition elemental para que E1 pueda ser realizada y es que estén dadas las condiciones fácticas o jurídicas para poder hacerlo. Esto es especialmente relevante cuando se imponen obligaciones de hacer, porque, en general (aunque no siempre) para la abstención de conductas no se requiere de condiciones de factibilidad, basta con no realizar determinada conducta. Cuando no se dan las condiciones de factibilidad para cumplir con la norma se produce lo que llamaré «ineficacia por factores objetivos» (ATIENZA, 1997: 37 y 45). Cuando la ausencia de factibilidad es por causas jurídicas, podría tratarse de un caso de lo que KELSEN llamó «laguna técnica», que se presentaría cuando «[...] el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley [...]» (KELSEN, 1963: 74). En otros supuestos podría identificarse a esas normas como normas inoperantes por ser imposible la realización de la conducta (NINO, 2003: 290) tal podría ser el caso de una norma que obligara a pagar los impuestos entre el día 30 y el 31 de febrero de cada año.

La idea de la ineficacia por factores objetivos fue introducida por ATIENZA (1997: 37 y 45) en sus trabajos sobre racionalidad legislativa. En su explicación, interesada en la actividad legislativa, esta «irracionalidad pragmática», como la califica el autor, obedece a la falta de previsión por parte del legislador de elementos materiales, financieros, temporales, presupuestarios, etcétera, que pueden llevar a la norma a no poder ser cumplida. Del mismo modo en que la ineficacia en E1 era muy difícil de prever para el legislador, esta ineficacia por razones objetivas cuando es producto de la deficiente actividad legislativa es claramente evitable.

Los casos de ineficacia por factores objetivos descritos por ATIENZA pueden extenderse, fuera del análisis estrictamente legislativo a situaciones en donde la inactividad legislativa o la mala actividad legislativa no sea la causa de la ineficacia, sino que esta sea de carácter fáctico, como las situaciones que pueden producirse por una catástrofe, pandemia, u otras razones de fuerza mayor.

Vale la pena profundizar en la eficacia como factibilidad pues abre la puerta a pensar en supuestos en donde la ineficacia no depende de la capacidad de la norma para motivar la conducta de los sujetos sino de factores objetivos. La mayor parte de la literatura sobre eficacia ha vinculado de modo explícito o implícito pero inequívoco a la eficacia con la imposibilidad de motivar la conducta. En los casos de ineficacia por factores objetivos, por el contrario, el sujeto obligado tiene la voluntad de cumplir con la norma, pero es fáctica o jurídicamente imposible o es económicamente irrealizable. Como adelanté, esta situación se presentará habitualmente frente a normas que imponen obligaciones de hacer pues las obligaciones de no hacer o prohibiciones se satisfacen con la mera omisión de actuar y para ello, generalmente, no es necesario que la norma establezca las condiciones fácticas o jurídicas de la no realización de una actividad. Existen, por cierto, posibles casos de prohibiciones que no se pueden cumplir por razones objetivas: imaginemos que al lado del ascensor indica que está prohibido utilizar en caso de incendio, al dirigirnos a las escaleras encontramos que la escalera está en reformas y no hay más que un hueco al vacío. Evidentemente la prohibición no podrá ser cumplida por razones objetivas.

Ciertamente uno de los supuestos que pueden generar ineficacia por razones objetivas es un problema en la formulación legislativa como indica Atienza. Ese problema puede estar originado en que ni la norma N1 (que es la norma ineficaz) ni ninguna otra norma del sistema resuelven la situación que permitiría a los sujetos cumplir N1.

Un caso flagrante de ineficacia por factores objetivos puede observarse en la ley 8122 de 1973 de la Provincia de Buenos Aires (República Argentina). Se trata de una ley que fue sancionada con el objetivo de controlar la *fiebre hemorrágica argentina* en una zona de la Provincia de Buenos Aires¹. La ley solo tenía tres artículos, que son los siguientes:

Art. 1.- Declárase obligatoria, en las zonas endemoepidémicas del territorio de la Provincia de Buenos Aires, la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina [...]

Art. 2.- La oportunidad de la iniciación y aplicación de la vacunación será determinada por el poder ejecutivo.

Art. 3.- Comuníquese al poder ejecutivo.

¹ La fiebre hemorrágica argentina es una enfermedad endémica y exclusiva de una zona de la provincia de Buenos Aires que presenta además una alta mortalidad. La vacuna contra ella se desarrolló localmente y no existen ni existieron laboratorios privados interesados en producirla.

La ley establece una obligación en el art. 1 (destinada a los habitantes y a los profesionales de la salud), que se supedita a una actividad del poder ejecutivo indeterminada en el tiempo. Dado que el poder ejecutivo provincial nunca dispuso el momento de iniciación de la vacunación ni se tomaron medidas para producir o poner en manos de terceros la producción de la vacuna, desde 1973 hasta 2006 (cuando una sentencia judicial obligó al Estado Nacional argentino a producir la vacuna)² la política pública de vacunación contra esta enfermedad fue completamente inefectiva por un problema de diseño de la ley, que por razones objetivas resultaba ineficaz³.

Por lo tanto, la obligación de los S1 (residentes en la zona afectada) de recibir la vacuna⁴ y de los S2 (personal sanitario) de aplicar la vacuna, se vio frustrada por la ausencia de una solución fáctico-jurídica (económica, presupuestaria, de logística, entre otras) que debería provenir de N1 o de otra norma del sistema (por ejemplo, poniendo un límite temporal al poder ejecutivo provincial para implementar la vacunación).

El segundo supuesto de ineficacia por razones objetivas de carácter legislativo puede provenir no de un problema propio de N1 sino de un problema de otra norma (N2) indispensable para que N1 pueda ser realizada. Modificando el caso anterior es imaginable que un legislador más diligente hubiera previsto en N2 que «Las vacunas las adquirirá y distribuirá el Ministerio de Sanidad y serán aplicadas en los hospitales públicos». Si, por ejemplo, ocurriera que el encargado de distribuir las vacunas del Ministerio de Salud las revendiese en el mercado negro, incumpliendo así N2, la obligación que surge de N1 sería de imposible cumplimiento para los habitantes y los sanitarios de la zona afectada, otra vez, por razones objetivas, pero ya no derivadas de una laguna técnica, una norma inoperante o una situación de fuerza mayor, sino de la ineficacia (en este caso incumplimiento, E1) de N2. Lógicamente, también la ineficacia de N2 podría ocurrir por razones objetivas, tal el caso de que el proveedor no entregara al Ministerio las vacunas correspondientes por no haber recibido los insumos para su producción (fuerza mayor).

Finalmente, un interesante caso de ineficacia por razones objetivas puede entenderse que se presenta cuando hay una antinomia, es decir, la precisa contradicción entre un caso C de un universo de casos que está correlacionado

² «Viceconte Mariela c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social», resuelto el 2.6.1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina). El fallo quedó firme al no haber sido recurrido por el Ministerio de Salud y Acción Social.

³ Muchas normas o leyes consideradas primordialmente simbólicas son ineficaces por razones objetivas, por ejemplo, las leyes que disponen aplicación de multas a inmigrantes ilegales o mendigos son finalmente irrealizables, pero responden a una demanda de la sociedad o de un grupo de esta y tienen un valor simbólico, aunque son ineficaces e inefectivas (véase FERNÁNDEZ BLANCO, 2022b).

⁴ En Argentina hay ciertas vacunas que son obligatorias (aunque cada vez son menos para los adultos), a diferencia de lo que ocurre en Europa y otros países en los que vacunarse es facultativo.

con al menos dos soluciones incompatibles entre sí (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 105). La presencia de antinomias obstaculiza la eficacia de una de las opciones en contradicción (siempre que se realiza la conducta C1 que está en contradicción con C2 se impide la eficacia de esta última). Es posible que los sujetos estén motivados para realizar cualquiera de las dos conductas (no se trata entonces de un problema de E1), pero la realización de las dos conductas es fáctica o jurídicamente imposible. Es cierto que, en estos casos, si alguna de las opciones en contradicción logra motivar la conducta (E1) los sujetos realizarán una de las conductas obligatorias o no realizarán la conducta prohibida, y de este modo al menos una de las dos normas será eficaz, pero en desmedro de la otra. La cuestión es que la elección de qué conducta seguir no debería ser una cuestión discrecional de la población y por ello la actividad judicial para solucionar la antinomia o la derogación de una de las normas en contradicción resultaría necesaria.

6.1. EFICACIA COMO FACTIBILIDAD (E4) Y EFICACIA COMO APLICACIÓN (E2)

Cuando se presenta un problema de eficacia como factibilidad, es decir, una situación de ineficacia por razones objetivas, se abre un espectro interesante de vinculación entre este problema y la eficacia como aplicación (E2). En este sentido, encuentro por lo menos dos sugestivas relaciones: a) la que se presenta cuando el órgano encargado de aplicar el derecho resuelve una situación de ineficacia por razones objetivas exigiendo a alguno de los otros dos poderes que vuelva factible la posibilidad de cumplir con la norma; b) y la que se presenta cuando el órgano aplicador del derecho debe lidiar con formulaciones normativas que son ineficaces objetivamente respecto de su interpretación literal, es decir, que requieren de una interpretación necesariamente correctora para poder aplicarlas⁵, o de la declaración de inconstitucionalidad en algunos casos.

Veamos: si una norma ineficaz por razones objetivas llega a una instancia judicial, el juez o tribunal tiene al menos dos opciones: a) conminar a las autoridades correspondientes para que articulen los medios para poder ejercer el

⁵ Riccardo GUASTINI (2003: 25 Y SS.) ha clasificado las opciones interpretativas en literales y correctoras. La interpretación literal es aquella que se ajusta al significado lingüístico de la expresión interpretada, según la práctica habitual de la comunidad de que se trate. Esta es la opción que muchos códigos civiles imponen por defecto y solo subsidiariamente se podría recurrir a otras. Así el Código Civil español establece en su art. 3.1. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». En contraposición, la interpretación correctora se aleja del significado literal de las palabras corrigiendo la formulación normativa.

derecho o cumplir con la obligación⁶ o; b) interpretar el enunciado normativo de modo tal de que la norma que surja de esa interpretación sea realizable. Lo que evidentemente no puede hacer el juez es no resolver el caso o sostener que no es posible ejercer el derecho o cumplir la obligación en las condiciones actuales por el modo en que está construido el enunciado normativo. Ello porque la mayoría de los códigos civiles de herencia napoleónica obligan a los jueces a resolver todos los casos sin poder ampararse en la oscuridad de la ley o formulaciones similares⁷.

Así, volviendo al hipotético caso de la obligación de pagar los impuestos entre el 30 y el 31 de febrero de cada año, el juez o tribunal podría exhortar al poder legislativo a modificar la ley o al poder ejecutivo a enmendar mediante un decreto la errata legislativa. También podría, sin embargo, mediante una interpretación correctora resolver el caso en concreto que le ha sido planteado.

En el primer caso, cuando el juez o tribunal exhorta a los otros poderes a enmendar la deficiencia técnica del enunciado normativo y ese otro poder cumple con la conminación, la eficacia como aplicación transforma de una manera general la factibilidad de la norma. La norma se vuelve eficaz (es decir, objetivamente eficaz, se vuelve factible) de manera general y no solo para el caso particular, y puede dar lugar a que se produzca su eficacia (E1) de manera agregativa. Por ejemplo, el poder ejecutivo, dicta un decreto reglamentario en el que se dispone *para todos los contribuyentes* que los impuestos se deberán pagar el primer día hábil de marzo. Algo similar sucedió con el caso de la vacuna de la fiebre hemorrágica argentina cuando la Cámara Contencioso Administrativo ordenó al Estado Nacional directamente producir la vacuna (en este caso no requirió que se enmendase la formulación normativa, sino que directamente ordenó la producción de la vacuna). En este último caso el poder judicial puso en marcha una política pública que se había visto frustrada por la deplorable formulación legislativa.

En el segundo supuesto el juez interpreta el enunciado normativo, aplicando necesariamente un argumento correctivo, de modo tal de que la norma resultante de esa interpretación sea factible de realización. Así, el juez podría determinar para la señora María Pérez que es la contribuyente que presenta la acción, que el periodo para pagar los impuestos se extiende del 28 de febrero

⁶ Esto fue lo que ocurrió en el mencionado caso «Viceconte Mariela c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social» en el que el poder judicial ordenó a las autoridades nacionales que produjeran la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina.

⁷ Por ejemplo, el art. 1.7 del Código Civil español dispone: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Por su parte, el Código Civil y Comercial argentino dispone en su art. 3 «Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada» y el anterior Código Civil, de forma más contundente, disponía en su art. 15. «Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

al 1 de marzo. Evidentemente la opción interpretativa correctora, para los casos en que el resultado del proceso no se aplica *erga omnes* o para todos los afectados, tiene un resultado mucho más acotado en relación con la eficacia como realización pues su resolución no podrá generar eficacia (E1) en sentido agregativo. Algo similar ocurre cuando los jueces resuelven la ineficacia por razones objetivas que se produce por la presencia de una antinomia: en estos casos los tribunales aplicarán los criterios aceptados de norma superior, norma posterior o norma especial (siempre que estos criterios sean aplicables al caso), pero resolverán únicamente el caso concreto. Esto puede ser diferente en los casos de declaraciones de inconstitucionalidad en los sistemas en los que ese tipo de declaraciones tienen efectos *erga omnes* o derogatorios.

CAPÍTULO 7

LA EFICIENCIA Y LOS EFECTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Hemos visto hasta aquí cuestiones vinculadas a la eficacia (en cuatro versiones) y a la efectividad. El panorama que interesa para este libro, especialmente en su vinculación con la evaluación de las políticas públicas, estará completo si incluimos, aunque sea de manera superficial, las otras dos «E» que faltan en este puzzle: la *eficiencia* y los *efectos*.

7.1. LA EFICIENCIA COMO COSTE-EFECTIVIDAD

En ocasiones he mencionado la afectación a la eficiencia que puede producirse por una defectuosa relación eficacia-efectividad. Sin embargo, no es la eficiencia uno de los aspectos que motivan el interés de este trabajo y cualquier acercamiento medianamente serio a discutir la eficiencia requeriría de una profundidad y literatura que exceden lo que aquí se pretende discutir. Por ello me comprometeré con un modelo simple de eficiencia que tiene directa vinculación con la efectividad y el coste de las políticas públicas. El modelo escogido para considerar la eficiencia será entonces el de la evaluación de la relación coste-efectividad. El análisis de coste-efectividad consiste en calcular la *ratio* o la «cantidad» de efecto —en el lenguaje utilizado aquí «el grado de R1»— que una norma o programa ha conseguido por cada X cantidad invertida o, a la inversa, el coste requerido para alcanzar determinado impacto (DHALIWAL *et al.*, 2011: 5).

Hay un modelo emparentado con el de coste-efectividad que es conocido como evaluación de coste-beneficio. La diferencia principal entre uno y otro

es que en modelo de coste-beneficio ambos elementos son reducibles a un mismo patrón, generalmente monetario. A diferencia de ese modelo, la idea detrás de la eficiencia como coste-efectividad es mantener el patrón monetario únicamente en los costes y asignar a la efectividad un objetivo de política pública (por ejemplo, la prevención de la diarrea infantil).

La evaluación coste-efectividad daría respuesta a preguntas como estas: ¿cuál es la forma de prevención que más casos de diarrea infantil evita por cada 1000 euros invertidos?, o ¿cuál la política pública que mayor cantidad de años de escolarización primaria adicional consigue cada 1000 euros invertidos?

Muchas veces los problemas de eficiencia (coste-efectividad) son problemas de diseño institucional. Se escoge un modelo de solución del problema que es más costoso o que tiene una menor efectividad al mismo coste (se previenen menos casos de diarrea o se obtienen menos años de escolarización). Sin embargo, si asumimos que la norma está diseñada correctamente —es eficiente *a priori*—, entonces, como se expuso al presentar las posibles relaciones entre eficacia y efectividad, podría ocurrir que problemas en la eficacia perjudicaran la eficiencia, bien aumentando los costes, bien disminuyendo la efectividad o afectando negativamente a ambas.

7.2. EFECTOS FUNCIONALES Y DISFUNCIONALES DE LAS NORMAS Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD

Un aporte que creo importante de este libro es la identificación de los *efectos* de las normas jurídicas. Este factor tiene la capacidad de afectar la eficacia y la efectividad de las normas jurídicas o de los conjuntos de normas jurídicas que integran las políticas públicas. De manera contraria a cómo se comporta la eficiencia que es impactada por la relación eficacia-efectividad, los efectos son fenómenos que contribuyen a que se produzca un mayor o menor grado de eficacia y/o efectividad. Para el análisis que sigue se tomarán algunas herramientas y conceptos utilizados en el análisis funcional del derecho y de la sociología, pero de ningún modo se pretende realizar un análisis funcional en toda su extensión.

Asumamos por un momento que N1 es eficaz (en E1) y efectiva y se obtiene, por lo tanto, R1. Esta cadena de relaciones exitosas no significa que la conducta C1 y el resultado R1 vayan a ser las únicas *consecuencias observables* de la norma una vez que ha entrado en vigor. Lo mismo podría predicarse de una norma que resulta ineficaz pero efectiva (efectividad impropia), eficaz pero inefectiva, formalmente eficaz (efectiva o inefectiva) o ineficaz e inefectiva: todas estas combinaciones pueden producir igualmente otros efectos. Respecto del último par de combinaciones (ineficaz-inefectiva) probablemente

existan ciertos casos de normas completamente ineficaces o no operativas, de las cuales resulte difícil hallar un efecto.

El aporte del análisis funcional que aquí interesa es principalmente la distinción entre *efectos* y *propósitos* (de estos últimos ya se ha hablado mucho en este trabajo, también llamados resultados esperados, fines u objetivos) de las normas. Los propósitos pueden ser identificados con R1. Por el contrario, los efectos o funciones son una «consecuencia objetiva observable» que no se vincula con «disposiciones subjetivas» como podrían ser los propósitos, motivos o finalidades (MERTON, 1992: 97). Para conocer los propósitos necesariamente hay que indagar en una dimensión *intencional* o *intentar una reconstrucción racional de los propósitos de la norma* (lo que no implica necesariamente indagar en la voluntad del legislador como la reconstrucción intencional requeriría), en cambio, los efectos son consecuencias observables no vinculadas a la motivación de los participantes ni a la reconstrucción racional de los propósitos o fines de la norma.

Los efectos, a su vez, pueden ser funcionales o disfuncionales. En la explicación que se propone se considerará que tanto los efectos funcionales como los disfuncionales comparten *la característica* de ser en principio y originariamente «opacos a los participantes» (PAPAYANNIS, 2014: 364-365).

Coincido con PAPAYANNIS (2014: 264, 265), en que existen casos que permiten ubicar a la opacidad originaria de las funciones —o de los efectos en general— dentro de las características generalmente presentes, pero no como una de las condiciones de su existencia. Imaginemos que en determinado país los propietarios tienen un estatus impositivo diferente de aquellos que no poseen inmuebles, por lo que los beneficiarios de la política pública de titulación de tierras mutarán en su condición tributaria por ser ahora propietarios; sin embargo, esto que es obvio y no pudo haber pasado desapercibido al legislador ni a los postulantes para conseguir los títulos no es *un propósito de la norma* sino una consecuencia observable de la eficacia de ésta (ni los legisladores sancionaron la norma para conseguir que X cantidad de personas cambiaran de estatus impositivo, ni los que se enrolaron en el programa lo hicieron con la intención de cambiar de categoría impositiva). En este caso el efecto no es oscuro *ab initio*, pero tampoco puede ser considerado un propósito o fin de la política pública.

Se entenderá que los «participantes» en el contexto de la condición anterior, son tanto los sujetos normativos, como las autoridades de creación de las normas y las de aplicación. Sin embargo, nada obsta que tanto los efectos funcionales como los disfuncionales se hagan, con el tiempo, visibles, conocidos y hasta procurados.

Para poder referirnos a una *función o efecto* es menester algo más que la presencia casual o circunstancial de una consecuencia objetiva observable. Se requiere algún grado de presencia regular, difundida o sistemática de ella.

La diferencia entre los efectos funcionales y disfuncionales radica en que los *efectos funcionales* serán por definición *beneficiosos*. Robert Merton define a las consecuencias funcionales como aquellas consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado (MERTON, 1992: 127). En el modelo de explicación que aquí se propone —interesado principalmente en la efectividad normativa—, ese beneficio se presenta cuando la consecuencia o efecto genera una contribución directa o indirecta a la *efectividad* de la norma (o a la efectividad de la política pública), es decir, a la concreción de R1 a través de las conductas señaladas por la norma. Sin embargo, un efecto funcional no se confunde con la efectividad en sentido propio (eficacia más efectividad) sino que supone solamente una contribución a ese proceso¹.

Los efectos o consecuencias *disfuncionales* son definidos por Merton como las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste de un sistema (MERTON, 1992: 127). En el contexto de la descripción que aquí se realiza se hará referencia a los efectos *disfuncionales* de una norma cuando las consecuencias observables de su implementación compitan con la finalidad de la(s) norma(s) (tiendan a contradecir o a neutralizar a R1) o conspiran contra la eficacia en alguno de los sentidos descriptos anteriormente (E1, E2, E3 y E4).

La asignación de carácter funcional o disfuncional a un efecto requiere, por lo menos, de los siguientes pasos metodológicos: primero una actividad interpretativa del enunciado normativo que permitirá identificar la conducta prescripta (C1), luego una actividad de identificación de los fines inmediatos o mediatos de la norma o de la política pública que esta integra (identificación de R1)², posteriormente una actividad de observación-descripción de la consecuencia observable y finalmente una actividad evaluativa o de apreciación, relativa a los beneficios de esta consecuencia observable respecto del fin de la norma (R1) y/o respecto de la conducta (C1) o, por el contrario, las competencias o contradicciones percibidas.

Los efectos pueden presentarse en diversos planos. Algunos de ellos podrían ser: (a) *modificaciones en estados de cosas* que se generan con la mera eficacia y/o efectividad de las normas; (b) aparición/modificación de *creencias* que pueden ser racionales o irracionales (c) aparición/modificación de *conduc-*

¹ Dado que la atribución de contenido a los objetivos o propósitos de las leyes (R1) depende entre otras circunstancias de la actividad interpretativa, nada obstaría a que un intérprete, con el tiempo, pudiera otorgarle a lo que en principio fue un efecto funcional la calidad de *propósito* de la norma, pero ello no implica confundir *ab initio* las funciones con los propósitos de las normas.

² Como se dijo anteriormente la identificación los *resultados esperados* (R1) suele ser compleja y requerir una combinación de actividades ya que a veces ellos son explicitados por el legislador, pero en general esa explicitación no es completa con lo que debe completarse a través de la interpretación; otras veces es resultado únicamente de un proceso de interpretación (por ejemplo cuando el legislador no expone cuáles son los propósitos de las normas o cuando ha transcurrido demasiado tiempo entre el dictado de la norma y el momento de asignarle un resultado esperado a esta).

tas y actitudes (RAZ, 1985: 212); (d) aparición/modificación de *disposiciones emocionales* como *sentimientos, opiniones y valores*³ (RAZ, 1985: 212).

Para que un efecto tenga relevancia respecto de la eficacia de una norma o de la efectividad de una política pública se requiere que tenga algún grado de presencia regular en el tiempo y ser estadísticamente significativo entre la subclase de la población relevante, es decir, no debe tratarse de una mera aparición casual, circunstancial o sin permanencia en el tiempo.

Aquí se presentan algunos ejemplos vinculados a los casos tratados a lo largo de este texto: al diseñarse los proyectos de titulación de tierras difícilmente se haya atribuido a las normas que lo integraban el propósito de *reducir la cantidad de hijos* de los beneficiarios o *duplicar la tasa de escolarización secundaria*. Sin embargo, estudios realizados en Argentina comprobaron que las familias que habitan las casas con título de propiedad suelen ser más pequeñas por dos motivos: la reducción de la cantidad de hijos por familia y la ausencia de familiares más lejanos conviviendo en la propiedad. Además, se verificó que las familias que tienen menos hijos invierten más en educación: los niños de las familias propietarias han demostrado mejores resultados escolares y duplicado la tasa de finalización de la escuela secundaria (GALIANI y SCHARGRODSKY, 2010: 711-712). Sin embargo, como ya se ha expuesto, los principales fines que se preveían realizar con la titulación de las tierras no se alcanzaron (véase 3.2.1).

Estos fueron efectos o consecuencias observables que pueden ser consideradas *funcionales*. Probablemente hasta que fue revelado por los investigadores, ni los beneficiarios ni las autoridades conocían ese efecto de la política pública. Hasta ese momento la función era meramente *latente*. Pero a partir del hallazgo algunas familias pudieron decidir inscribirse para participar en los programas *conociendo* el efecto e incluso contándolo entre los objetivos a conseguir en caso de ser elegidos. En este caso la función ya será *manifiesta*. Pero

³ Es Joseph RAZ quien enumera dentro de las funciones sociales indirectas del derecho además de los efectos traducidos en prácticas o actitudes, también aquellos vinculados con disposiciones emocionales o valores (RAZ, 1985). Este aporte es valioso para el análisis que aquí se realiza, sin embargo, el enfoque general de RAZ sobre las funciones sociales del derecho es diferente del que se presenta aquí. En primer lugar, este autor hace referencia a las «funciones» en un sentido que, en el análisis aquí propuesto, se asemeja al de propósitos. Así, según RAZ, las funciones directas del derecho «[...] son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho» (RAZ, 1985: 212). Por su parte, las funciones indirectas son explicadas como «[...] aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento» que «no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación» (RAZ, 1985: 212). Hasta aquí pareciera que la definición de funciones indirectas podría coincidir con la aproximación al concepto de efectos realizado en el texto, sin embargo, según RAZ estas son procuradas *ab initio* y son, de algún modo, calculables pues estas funciones indirectas «[...] son aquellos resultados que las disposiciones jurídicas tienen la intención de alcanzar sean o no efectivamente logrados» (RAZ, 1985: 212). En definitiva, el equiparar las funciones a los propósitos (que en el caso de las funciones directas serían más inmediatos y en el de las funciones indirectas más mediatos) aleja el análisis realizado por RAZ del que aquí se ha propuesto, pero no impide que se consideren como «efectos» algunos de los que él identifica.

podríamos ir más allá e imaginar que, luego de la revelación de los investigadores, los legisladores de zonas de alta deserción escolar en la etapa de educación secundaria hubiesen promovido la sanción de leyes para la titulación *con la finalidad* de combatir ese problema educativo y, en esta instancia, lo que antes se presentaba como una función o efecto se habrá convertido en un *propósito*.

Podemos describir efectos *disfuncionales* en el caso de la prohibición de fumar en espacios públicos cuando esta se vuelve demasiado amplia (incluyendo, por ejemplo, espacios públicos abiertos, parques o la misma vía pública). En estos casos, como ya se adelantó, se ha detectado el traslado del hábito de fumar a los domicilios. Esto tiene además un efecto disvalioso adicional ya que siendo mayor el índice de fumadores varones a nivel global, perjudica la salud de niños y mujeres no fumadores (véanse entre otros OMS, 2010, Cap. IV; WIPFLI *et al.*, 2008; AGRAWAL *et al.*, 2015). En la India, uno de los lugares donde se presenta con más claridad este problema, se encontró que 50,4 por 100 de las mujeres en edad reproductiva se encuentra expuesta al humo en sus hogares, siendo que solo el 2,6 por 100 son ellas mismas fumadoras. Mientras tanto la exposición como fumadoras pasivas ha sido del 21,7 por 100 en los lugares de trabajo y en otros contextos del 32,6 por 100 (AGRAWAL *et al.*, 2015). Es altamente probable que los legisladores no hubieran imaginado esta consecuencia observable de la prohibición de fumar en lugares públicos, también es seguro —aunque no he hallado mediciones al respecto— que este efecto disfuncional afecte el grado de efectividad de la norma que restringe fumar en lugares públicos (que es, entre otras, proteger la salud de los no fumadores).

Una cuestión para considerar respecto de la identificación de los efectos es el de cuándo establecer un límite para entender que determinada consecuencia es efecto o no de una norma o conjunto de normas. Por ejemplo, imaginemos que como producto de un ingreso masivo de niños a la educación primaria (originada por la eficacia y la efectividad de una política pública que pretendía mejorar los índices de escolarización primaria), se produce un aumento de demanda de útiles escolares y por lo tanto un incremento en el precio de estos. Ello podría ser un «efecto» del conjunto de normas que integran esa política pública. Pero ¿podría considerarse también un efecto que aumentase el precio del combustible o de la madera por la mayor demanda de útiles?

Los efectos disfuncionales de una norma pueden tener un impacto que explique en alguna medida la menor efectividad de una norma eficaz; o, por el contrario, los efectos funcionales pueden mejorar las condiciones para que se consiga el resultado R1 que se procura a través de N1. También es posible que los efectos funcionales o disfuncionales de una norma, cuando se presentan como *conductas* o *actitudes*, se arraiguen en una determinada sociedad o grupo y se transformen en prácticas, hábitos convergentes o, en caso de alcanzar alguno de los caracteres que se describirán en el próximo capítulo, en normas sociales.

CAPÍTULO 8

LAS NORMAS INFORMALES Y LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En el punto 2.3 se hizo referencia a las causas por las que una norma jurídica puede ser ineficaz o tener baja eficacia en términos de realización (E1), entre esas razones, se indicó que parece ser de especial importancia para la ineficacia o la eficacia de las normas jurídicas el tipo de interacción que estas tengan con ciertas normas informales. A pesar de que estas interacciones suelen ser, a mi juicio, el principal problema de la eficacia normativa, son mayormente obviados por los estudios sobre eficacia y efectividad. Me referiré a «normas informales» como un concepto que capta diversas manifestaciones de normas no jurídicas, luego más adelante, distinguiré entre dos tipos de normas informales (las normas sociales propiamente dichas (NS) y las normas internas comunitarias (NIC)). En ocasiones, mencionaré a las *instituciones informales* como sinónimo de normas informales o normas no-jurídicas porque la bibliografía que cito las denominan de ese modo¹.

8.1. LAS NORMAS INFORMALES EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Son pocos los países del mundo que de manera ostensible mantienen normas jurídicas que expresamente discriminan en razón del sexo; incluso en la

¹ Por lo general, los autores vinculados al derecho suelen referirse a «normas sociales» mientras que los autores vinculados a la economía y la ciencia política hacen referencia al mismo fenómeno como normas o instituciones informales.

mayor parte de los países del mundo occidental las normas jurídicas otorgan los mismos derechos y oportunidades a las mujeres y a los hombres y prohíben discriminar; otras normas obligan a hacer efectiva esa igualdad (como las normas que obligan a pagar el mismo salario a hombres y mujeres por la misma labor), finalmente, algunos (cada vez más) países tienen en sus legislaciones normas que establecen medidas de acción positiva a favor de las mujeres como las leyes de cuotas o cupos principalmente para cargos electivos.

Sin embargo, a pesar de la proliferación de leyes de todo tipo para el fomento de la igualdad y la eliminación de la discriminación de género, ningún país del mundo ha logrado la igualdad total de género. Es evidente entonces que las normas jurídicas que promueven la igualdad de género tienen serios problemas de eficacia y efectividad. De acuerdo con el Índice de Brecha Global de Género el país más igualitario en cuestiones de género es desde 2010 Islandia, que en 2024 alcanzó una igualdad de 0,935 sobre un total posible de 1 (WORLD ECONOMIC FORUM, Índice de Brecha Global de Género, 2024)². En ese país podemos afirmar que las normas sobre igualdad de género han sido bastante exitosas, sin embargo, muchos otros países de occidente, a pesar de contar con similares normas para la promoción de la igualdad de género, no han logrado los resultados esperados. Así, por ejemplo, en el entorno europeo España ha conseguido un 0,79 (puesto 10 de 146), Portugal 0,78 (puesto 17), Italia 0,70 (puesto 87), Hungría 0,64 (puesto 100), Turquía 0,68 (puesto 127). En el ámbito latinoamericano también hay mejores y peores resultados: Chile alcanzó en 2024 una igualdad de género de 0,78 (puesto 21), Argentina 0,77 (puesto 32), México 0,76 (puesto 33), Brasil 0,71 (puesto 70) y en último lugar de esa región El Salvador con 0,69 (puesto 96) (véase por todo WORLD ECONOMIC FORUM, Índice de Brecha Global de Género, 2024).

Esa situación de persistencia y extensión de la desigualdad de género puede ser explicada a través de la tensión entre dos o más grupos de normas en competencia. Como ya se dijo, las sociedades funcionan simultáneamente con varios subconjuntos normativos, siendo las normas jurídicas solo uno de esos subconjuntos (COLEMAN, 1990). Dentro de los otros subconjuntos normativos aparecen diversas manifestaciones de normas sociales o informales que interactúan con las normas jurídicas y tienen consecuencias sobre la eficacia y/o la efectividad de estas últimas: la norma jurídica puede ser ignorada, trivializada o transformada (PISTOR, ANTARA y AMRIT, 2009). Esta interacción parece ser la explicación más plausible del fracaso de las normas que promueven la igualdad de género.

En los últimos años el análisis institucional, y la consiguiente preocupación por las instituciones informales o normas sociales, ha sido objeto de un

² https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2024.pdf. Visitado el 13 de junio de 2024

renovado interés desde las ciencias políticas (HELMKE y LEVITSKY, 2004 y 2006; O'DONNELL, 2002 y 2006; BRINKS, LEVITSKY y MURILLO, 2019), la sociología (CARRUTHERS, 2012; CHANG Y EVANS, 2007), la antropología (ALDASHEV *et al.*, 2012), la filosofía (BICCHIERI, 2006 y 2017; GUALA, 2016); y por supuesto desde la economía (entre muchos otros, NORTH, 1997, 1999 y 2005; OSTROM, 2000; SEN, 2000 y 2009; WILLIAMSON, 2009; PISTOR, 2019). Este renacimiento del interés por las instituciones ha generado que algunos juristas comenzaran también a integrar el análisis institucional en sus trabajos y a pensar desde otra perspectiva en las normas sociales (entre muchos otros, TRUBEK, 2014; TRUBEK y SANTOS, 2006; DAVIS y TREBILCOCK, 2008; MOTA PRADO y TREBILCOCK, 2009 y 2017). Sin embargo, continúan siendo pocos los análisis jurídicos que toman elementos de los análisis institucionalistas o que piensan a las normas sociales desde una perspectiva diferente de cómo lo ha hecho hasta ahora la mayor parte de los enfoques de teoría jurídica.

A pesar de la relativa reciente popularidad de las normas sociales en diversos ámbitos de las ciencias sociales, cabe señalar que algunos de los primeros trazos de la era contemporánea³, provienen de la teoría derecho y de la mano de H. Hart quien, de algún modo, describió los rasgos más significativos de las normas sociales que luego fueron completados y desarrollados por otros autores.

En el trabajo de Hart la identificación y descripción de las «normas sociales» tiene una función importante pero, finalmente, acotada en el planteo general de su teoría: para Hart la caracterización de las reglas sociales tiene como propósito final poder dar cuenta de la *regla de reconocimiento* que es, en definitiva, una regla social⁴. Tal vez por el modo en que Hart comprendió a las reglas sociales, los teóricos del derecho que le sucedieron continuaron con una visión en la que generalmente las instituciones informales o normas sociales son percibidas como una cuestión que no resulta un obstáculo para la eficacia o la efectividad de las normas jurídicas sino más bien todo lo contrario. Pareciera que el conjunto de normas sociales constituye el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (HART, 1994) o ser eficaz (Pos-

³ Otros autores a los que también se considera precursores en el tema son, desde la sociología, Émile DURKHEIM (1950) y Talcott PARSONS (1968). La referencia a la era contemporánea se justifica ya que la preocupación por las normas sociales aparece ya en pensadores como ARISTÓTELES Y PLATÓN.

⁴ Esta función acotada de las normas sociales en el enfoque general de Hart se reveló en la segunda edición de *El concepto del Derecho*, en la que el autor inglés aceptó las críticas de Ronald Dworkin respecto a que el concepto de normas sociales ignora la diferencia entre el consenso relativo a una *convención* —manifestada a través de las reglas convencionales por un grupo (la conformidad general de un grupo hacia ellas es parte de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación)—y el consenso proveniente de *convicciones independientes* que se manifiestan a través de prácticas concurrentes en un grupo. En este sentido, concluye Hart en el *postscript* a la segunda edición de su obra que, las prácticas concurrentes como la moralidad compartida por un grupo se conforman no por una convención sino por el hecho de que los miembros de ese grupo poseen y generalmente actúan por razones que resultan ser las mismas pero que, no obstante, son independientes. De este modo, Hart acepta restringir la función originalmente otorgada a las normas sociales desde que excluye al concepto de normas sociales de la explicación sobre criterios de moral individual o social (HART, 1994: 255-256).

TEMA, 2012), algo similar, aunque menos categórico parece surgir también en definitiva del pensamiento de DWORKIN (1986) y de NINO (2005), solo por mencionar algunos autores. Sin descartar esta visión preponderante en el discurso jurídico, resulta razonable atender a la idea —predominante en otras ciencias sociales— de que hay normas sociales que son *disfuncionales* a ciertas normas jurídicas. En otros términos: que las conductas que las normas sociales obligan, prohíben o permiten son contradictorias con las conductas a las que obligan, prohíben o permiten las normas jurídicas (es decir, afectan a la *eficacia* de las normas jurídicas) y/o son contrarias a los objetivos por los que fueron sancionadas ciertas normas jurídicas (en este caso son un obstáculo para la *efectividad* de estas últimas).

La idea de profundizar en la tipología de las normas sociales y explorar sus interacciones con las normas jurídicas se aleja de los dos caminos más frecuentados por los estudios sobre este tema. En primer lugar, se distancia de la visión prevalente en la teoría jurídica, mencionada en los párrafos anteriores, que tiende a considerar las normas informales o sociales como un elemento que permite el reconocimiento del derecho, la eficacia o la comprensibilidad del derecho. En segundo lugar, la perspectiva adoptada tampoco suscribe la postura opuesta, que parte del supuesto de que las normas sociales constituyen barreras insuperables para el cambio de una determinada situación X, especialmente cuando dicho cambio se promueve a través de legislación.

A partir de ello, se sostiene que las normas jurídicas, cuando están correctamente formuladas y son aplicadas en caso de incumplimiento, poseen una *capacidad constitutiva* respecto de los intereses, preferencias y visiones del mundo de los sujetos involucrados (véase CHANG y EVANS, 2007: 219 y 222; y en sentido similar SEN, 2004: 43). Esta capacidad constitutiva implica también la posibilidad de, en ocasiones, neutralizar normas sociales disvaliosas.

El presente capítulo tiene como finalidad contribuir a la tipología de las normas sociales desde una perspectiva jurídica. Seguidamente, también desde este enfoque, se expondrá un modelo para analizar la dinámica de interacción entre normas jurídicas y normas sociales (capítulo 9). Tradicionalmente, dicha interacción ha sido abordada en un sentido dinámico, describiendo cómo las normas jurídicas generan el surgimiento de normas sociales y viceversa. Sin embargo, se ha prestado escasa atención a los efectos de estas interacciones en términos de la eficacia y efectividad de las normas jurídicas, aspecto que denominaré «enfoque estático».

Por otra parte, el creciente interés por parte de los teóricos de las ciencias sociales y de la economía en las instituciones informales, o normas sociales, ha dado lugar a diversas aproximaciones conceptuales a las normas sociales o instituciones informales. A pesar de las variaciones, todas estas concepciones comparten un rasgo común: las instituciones informales o normas sociales

suelen ser presentadas como fenómenos uniformes. El problema de esta caracterización general («de talla única») es que parece no captar la diversidad de manifestaciones de las normas sociales que resultan relevantes para explicar su interacción con las normas jurídicas.

Para contribuir a la identificación de rasgos diversos en las normas informales propondré dividir a las normas no-jurídicas (excluyendo las normas morales y las religiosas) en dos grandes grupos que comparten solo parte de sus características constitutivas. Se trata de diferenciar entre *normas sociales (NS)* y *normas internas de comunidades (NIC)*. Ambas conjuntamente serán denominadas *normas informales*. Las características compartidas por las normas informales pueden ser sintetizadas del siguiente modo:

Son reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados, por contraposición, las normas formales están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados «oficiales» (HELMKE y LEVITSKY, 2004: 727).

A continuación, se detallará la diferenciación entre estos dos conjuntos de normas informales.

8.2. DOS GRUPOS DE NORMAS INFORMALES (NO-JURÍDICAS) Y UNA INTRODUCCIÓN A LAS RELACIONES ENTRE NORMAS INFORMALES Y JURÍDICAS

Como se dijo, parece adecuado separar a las normas informales (que integran el conjunto de las normas no-jurídicas) en dos grandes grupos que comparten los rasgos presentados por Helmke y Levitsky en el apartado anterior pero que se diferencian de manera significativa en otros aspectos.

Presentaré aquí dos grupos de normas informales que resultan relevantes para estudiar la interacción con las normas jurídicas. En el punto 8.3 se volverá sobre rasgos característicos de uno y otro grupo.

El primer grupo, es el de las *normas sociales* que rigen de manera más general para toda la población o para grandes grupos de la población: las maneras de mesa; las que rigen las *relaciones* entre, vecinos, compañeros de trabajo, amigos⁵, etcétera; las normas de higiene personal, de comportamiento

⁵ Las relaciones de amistad son el único ámbito de relaciones que entiendo que está regido únicamente por normas informales. Sin perjuicio de que a cualquier vinculación de amistad se le apliquen normas jurídicas generales (v.g.r. no dañar, respetar la propiedad ajena, no afectar el honor, etcétera) no hay respecto de los vínculos de amistad normas jurídicas que específicamente indiquen comportamientos acerca de este tipo de vínculo (al menos en los ordenamientos occidentales que conozco) como sí las hay en cualquier otro tipo de relación no anónima como la familia, los compañeros de trabajo, los vecinos, entre otras muchas posibles.

en la vía pública y otras incluso más relevantes para el desarrollo de humano como las que rigen las relaciones de género, el tratamiento relativo a la orientación sexual o las relaciones intrafamiliares. Es decir, se trata principalmente de normas «generales» y que regulan tanto relaciones personales (la obligación de fidelidad entre parejas no casadas o la de llevar un regalo al cumpleaños de una amiga) como relaciones entre extraños (la obligación de hacer fila en un comercio para ser atendidos o la norma que indica que debemos dejar en condiciones los baños públicos luego de usarlos). Las normas sociales se caracterizan por la dispersión de su creación, la dispersión de su aplicación, la ausencia de reglas de adjudicación, y otras características que se verán más adelante. Una gran parte de los trabajos sobre instituciones o normas informales parece hacer referencia a este tipo de normas, es decir, a las normas sociales (entre muchos otros CARRUTHERS, 2012; ELSTER, 1989; PISTOR, HALDAR y AMRIT, 2009; BICCHIERI, 2006 y 2017; BICCHIERI, MULDOON y SONTUOSO, 2018; BICCHIERI y DEMO, 2024).

El segundo grupo de normas informales (o normas no-jurídicas) se integra con lo que llamaré *normas internas comunitarias* (NIC). Se trata de normas o conjuntos de normas que rigen en ámbitos comunitarios, o sea, rigen parcialmente la actividad interna de grupos de personas relativamente estructurados y permanentes que pueden tener un vínculo jurídico entre ellos o simplemente un vínculo de hecho. Se ha descrito a estos grupos también como «comunidades de tejido cerrado y participantes repetidos» (STRAHILEVITZ, 2000: 1272).

Las NIC son omnipresentes en las actividades clandestinas o marginales, por razones obvias de incompatibilidad con el sistema jurídico. También este tipo de normas son prevalentes en los ámbitos en donde la capacidad estatal, es decir, la eficacia del sistema normativo en general es menor que en otros. De estos ámbitos pueden ser ejemplos, las prisiones o las grandes urbanizaciones informales. Se ha identificado a estos ámbitos como «campos sociales semi autónomos» ya que funcionan regidos por el sistema jurídico en parte y en parte por reglas propias que crean y ejecutan (MOORE, 1973: 719-721).

Finalmente, también es posible y necesario pensar en NIC que rigen en ámbitos en donde la eficacia general del sistema jurídico es aceptable y la actividad es legal. Por ejemplo, las normas informales que rigen la dinámica de los partidos políticos o las reglas de convivencia laboral en un grupo de trabajo o entre los estudiantes en el campus de una determinada universidad.

Este grupo de normas, más sofisticado que las normas sociales, presenta algún grado mayor de concentración de la autoridad y, en ocasiones, la posibilidad de identificar a alguna autoridad informal de producción y aplicación de las normas. Además, muchas veces, aunque no siempre, la producción normativa proviene de las elites, es decir, se reproduce aquí el sistema de producción normativo piramidal presente en la creación de normas jurídicas. Es posible,

asimismo, distinguir algunas normas rudimentarias de adjudicación, más claridad en las sanciones y hasta procedimientos también precarios de revisión de las sanciones. Hay ciertas organizaciones que se rigen por normas informales muy complejas que funcionan como cuasi-sistemas normativos (algo más que meros conjuntos normativos) y en esos casos lo que diferencia a una norma interna comunitaria de una norma jurídica es básicamente la condición de *oficial* de la autoridad de emisión y aplicación (es decir, la ausencia de competencia para el dictado y aplicación de la norma).

En definitiva, retomando otra vez las distinciones, las tres expresiones designarán a los siguientes fenómenos: las *normas sociales* harán referencia a normas generales, sin autoridad de emisión ni autoridad de aplicación identificable, que siempre integran meros conjuntos de normas, que rigen en relaciones interpersonales y anónimas. Cuando se aluda a *normas internas comunitarias* (NIC) se hará referencia a normas que suelen surgir en tejidos sociales cerrados y con participantes repetidos y en los que es posible (aunque no necesario) identificar a personas con poder fáctico suficiente para emitir una norma informal y con poder para aplicarla; finalmente ambos grupos de normas serán mencionados conjuntamente como *normas informales* o *normas no-jurídicas* pues conjuntamente captan de manera general el fenómeno institucional relevante para algunas de las explicaciones que aquí interesan. En muchos casos, las mismas normas sociales que rigen a nivel general también rigen en los tejidos sociales cerrados, en otras ocasiones las normas sociales generales son, en ciertas comunidades, sustituidas por normas internas comunitarias.

8.2.1. Normas informales funcionales y disfuncionales, valiosas y disvaliosas

A su vez las normas de cualquiera de los dos grupos de normas informales pueden ser funcionales o disfuncionales a normas jurídicas y pueden ser consideradas simultánea o alternativamente a la funcionalidad, como valiosas o disvaliosas por la comunidad en un momento dado. Continuando con el uso dado a estas expresiones anteriormente se entenderá que las instituciones informales son funcionales cuando la interacción entre la norma no-jurídica y la norma jurídica genera una contribución directa o indirecta a la *efectividad en sentido propio* de la norma jurídica (o a la efectividad del sistema de normas que ésta integra), es decir, al cumplimiento de los propósitos (R1) de la norma jurídica (N1) a través de las conductas señaladas por la norma (C1). Por el contrario, la norma no-jurídica será disfuncional cuando ella compita (i) con la finalidad de la norma formal (tienda a contradecir o a neutralizar a R1); (ii) conspire contra su eficacia (por ejemplo, indicando como prohibidas conductas obligatorias o permitidas; obligando cuando la norma jurídica prohíbe o autoriza; tornando facultativa la conducta cuando la norma jurídica prohíbe u obliga); o (iii) eleve

los costes de cumplimiento de la norma jurídica o de su efectividad (perjudicando así también su eficiencia).

La otra distinción que introduzco en este momento permite caracterizar a las normas no-jurídicas como *valiosas o disvaliosas*. La apreciación de si una norma no-jurídica es valiosa o disvaliosa es independiente de su relación de coherencia o consistencia con las normas jurídicas (como es el caso de la funcionalidad/disfuncionalidad). Se trata de una evaluación sobre su capacidad de hacer el bien en la sociedad, de ser, en términos valorativos «una buena norma». En general, si se las evalúa sincrónicamente, las normas no-jurídicas *funcionales* serán consideradas *valiosas*, al menos para la facción o facciones que apoyen esa norma jurídica. De tal modo que, evaluadas desde la perspectiva de la mayoría y en un momento determinado, las categorías de normas-no jurídicas «funcionales» y «valiosas» tenderán a coincidir y lo mismo ocurrirá con las de «disfuncionales» y «disvaliosas». Sin embargo, si la evaluación de las normas se produce diacrónicamente, es posible que tales categorías ya no coincidan. Por ejemplo, una norma social que pudo ser disfuncional y disvaliosa en un momento, más adelante en el tiempo puede seguir siendo considerada disfuncional pero ahora entenderse como valiosa. Las normas jurídicas que prohibían votar a las mujeres (N1) coincidían a fines del siglo XIX con las normas sociales (Ni): estas últimas eran funcionales a N1 y evaluadas en ese momento eran además valiosas (de acuerdo con la moral positiva de la época). Sin embargo, evaluadas desde una perspectiva actual esas normas sociales no pueden ser consideradas sino como disvaliosas. Asumamos ahora, en un escenario distópico, que nunca se sancionaron leyes que habilitaron el voto femenino, aunque en las normas sociales se produjera una evolución hacia igualdad de género: en este caso las normas informales (Ni) serían disfuncionales a N1, pero consideradas valiosas en el momento actual.

Lo mismo podría ocurrir si la evaluación se realiza en el mismo tiempo por parte de un integrante de la minoría o de una facción que repudia la norma jurídica: una militante del voto femenino de fin del siglo XIX o principios de siglo XX podría aceptar perfectamente que la norma social que coincidía con la prohibición de voto a las mujeres era *funcional* a esa norma jurídica, pero evaluar que, a pesar de ser funcional, era una norma disvaliosa. Es decir, la relación entre normas no-jurídicas (o normas informales) y normas jurídicas se evalúa en el ámbito de la «funcionalidad/disfuncionalidad» de las primeras respecto de las últimas; mientras que la evaluación de su «valor/disvalor» puede prescindir de la presencia de una norma jurídica.

En síntesis, en lo que sigue se hará referencia a normas sociales y a normas internas comunitarias. Ambos tipos de normas integran el conjunto de las normas informales o normas no-jurídicas. Los dos grupos contienen además normas prescriptivas y normas antidirectivas. A su vez, pueden ser funcionales o disfuncionales a la norma o conjunto de normas jurídicas contra el que se las

evalúa. Asimismo, las normas no-jurídicas pueden ser juzgadas como valiosas o disvaliosas de acuerdo con la moral positiva, la moral individual de quién las evalúa o también, para quienes consideren su factibilidad, con respecto a la moral crítica. También se las puede valorar, si se prefiere, desde perspectivas filosófico-políticas como su adecuación a los principios del liberalismo; su contribución o no a la expansión de las capacidades humanas (SEN, 2000, 2009); su aporte o no al fortalecimiento de los derechos humanos o a los bienes primarios (RAWLS, 1971). En este trabajo tomaré como parámetro o medida de dicha valoración un enfoque plural y universal: el hecho de que ellas promuevan (o no) la expansión de las capacidades o libertades humanas tal como ha sido desarrollada esta concepción por Amartya SEN (2000, 2009)⁶.

8.3. LOS CONTORNOS DE LAS NORMAS INFORMALES

Como he comentado anteriormente el estudio de las normas informales (también llamadas instituciones informales) no ha tenido hasta ahora numerosos adeptos desde el derecho y, en general, tras el importante aporte en su conceptualización de Hart, los abordajes jurídicos se han encargado más de su función de reconocimiento del derecho que de contribuir a su caracterización. En los subtítulos siguientes propondré diferentes aristas desde una perspectiva jurídica para poder entender mejor el contorno o los límites de las normas informales (que incluyen a los dos grupos antes descriptos).

8.3.1. Hábitos convergentes y normas informales

Antes de profundizar en las características normativas de las normas informales, es importante introducir la distinción entre hábitos convergentes y normas informales. Los hábitos convergentes o costumbres compartidas como los llama BICCHIERI (2017: 3) no son los hábitos que se encuentran suficientemente difundidos en un grupo social durante un periodo (utilizar el corte de pelo de moda o cierto tipo de zapatillas de deporte), sino que son aquellos que se traducen en un comportamiento —respecto de una situación determinada— que resulta regular, persistente en el tiempo y con alta presencia estadística en el contexto o situación. Sin embargo, en los hábitos convergentes las conductas convergen *de hecho* (HART, 1998: 65), no hay normatividad en su cumplimiento y los patrones de acción se crean y se sostienen por motivaciones de los sujetos actuando independientemente los unos de los otros (BICCHIERI,

⁶ De manera muy simplificada podemos decir que las capacidades o libertades humanas son el conjunto de oportunidades reales u opciones a disposición de los individuos para llevar adelante la vida que tienen razones para valorar (SEN, 2009: 226 y 233).

2017: 15). Se trata de una *conducta observable* respecto de la mayoría de las personas que integran ese grupo: cada uno se comporta del mismo modo sin ningún tipo de consideración acerca de si se trata de una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el otro (HART, 1998: 71).

Los hábitos convergentes por más que se presenten de forma habitual, persistente y difundida no son pautas de regulación de la conducta. Por ejemplo, cuando llueve la mayor parte de la gente utiliza paraguas para caminar por la calle (BICCHIERI, 2017: 15) o en gran parte del Cono Sur de América se toma «mate» como infusión. ¿La gente usa paraguas porque la mayoría de la gente lo hace?, ¿sería objeto de crítica una persona que decidiera utilizar un gorro de lluvia y un impermeable en vez de paraguas?, ¿hay una expectativa entre los argentinos de que el otro tome mate? Aun cuando el no seguimiento de un hábito convergente pueda despertar la curiosidad en el resto de los que siguen el hábito, hay diferencias en el sentido social que tiene la violación a una norma informal con respecto al que tiene el no seguimiento de un hábito convergente. Estas diferencias se presentan en el tipo de reacción que cada uno origina y en definitiva en la intensidad de la *presión social* en ambas situaciones. Las normas sociales, a diferencia de los hábitos convergentes, exigen la presencia de una «actitud crítica reflexiva con relación a esa conducta» (HART, 1998: 71).

Las normas informales pueden ser entonces desobedecidas u obedecidas⁷; por el contrario los hábitos convergentes pueden ser seguidos o no, pero no hay un quiebre a un mandato en el no seguimiento de un hábito convergente. De acuerdo con Woosley, las prácticas o hábitos convergentes son *el objeto de una descripción* mientras que las normas sociales son *el objeto de una prescripción* (WOOSLEY, 1967: 65). Los primeros se mantienen en el plano de los *hechos* y las segundas ingresan en el mundo de las *normas*.

A través de las palabras anteriores es momento entonces de introducir el primer rasgo distintivo de las normas informales prescriptivas: su incumplimiento da lugar a una sanción, reproche o crítica que no están presentes en el caso del no-seguimiento de un hábito convergente.

El segundo aspecto que distingue un hábito convergente de una norma social (normas informales) es que, cuando existen tales normas sociales, ante la desviación no solo se hace de hecho esa crítica (o reproche o sanción en sentido amplio), sino que las desviaciones respecto del modelo son aceptadas generalmente como una *buena razón* para formularla. En este sentido, la regla de reconocimiento, como regla social, se presenta a través de una regularidad de conducta *más* la consideración acerca de que las desviaciones de esa conducta justifican las críticas (HART, 1998: 12 y ss., 65 y ss.). La crítica a la des-

⁷ Por el momento la atención estará puesta en normas informales prescriptivas. Más adelante me detendré en la cuestión de las que generan permisos.

viación es considerada como legítima o justificada y también lo es la exigencia de cumplimiento frente a la amenaza de desviación.

Finalmente, Hart señala al *aspecto interno* como rasgo distintivo para que exista una norma social: por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo (HART, 1998: 71).

Ciertamente identificar en la práctica la línea que separa los hábitos convergentes de las normas sociales puede ser una actividad compleja ya que la diferencia es, en definitiva, de intensidad o grados en la reacción propia y ajena, y a menudo se obtendrán calificaciones diferentes sobre si una conducta pertenece a un mundo o a otro. Esta identificación, es además contextual por lo que variará a poco que nos movamos de una región a otra o incluso de un ámbito social a otro dentro de la misma región, país o ciudad.

Los aspectos señalados anteriormente pueden presentarse como los rasgos de normatividad que distinguen a las normas sociales de los hábitos convergentes. La presencia de estos rasgos ha sido descrita por BICCHIERI desde una perspectiva que explica a las normas sociales no tanto desde el punto de vista interno y su vínculo con las sanciones como lo ha hecho el derecho sino de las expectativas respecto de las conductas de los otros. Así explica BICCHIERI:

Las normas sociales son reglas de comportamiento sostenidas por una red de expectativas sociales. En particular, según la definición de Bicchieri, la preferencia por seguir normas sociales es condicional a expectativas normativas y empíricas. Las expectativas empíricas son las creencias de primer orden de que una regla de comportamiento será seguida por un subconjunto suficientemente grande de la población relevante. Las expectativas normativas son las creencias de segundo orden de que un subconjunto suficientemente grande de la población relevante cree que una regla de comportamiento debe ser seguida. Las normas sociales existen y se cumplen cuando: (i) el comportamiento depende de ambas expectativas, y (ii) dichas expectativas se cumplen (BICCHIERI y DEMO, 2024: 2).

Si bien el abordaje de las normas sociales o informales no se realizará prioritariamente desde la perspectiva de las expectativas que propone BICCHIERI, esta explicación resultará útil en ciertos tramos. Por otra parte, la perspectiva de las expectativas no es incompatible con la de la crítica o las sanciones que son más clásicas en el mundo jurídico, son diferentes miradas para aproximarse al fenómeno de las normas sociales que, aunque pueden tener divergencias en ciertos aspectos, en ocasiones confluyen en posibles explicaciones. La elección del modelo hartiano (con algunos ajustes necesarios) tiene sentido además pues permite un análisis de las normas sociales en el marco de la teoría jurídica y del derecho en general. Este es uno de los objetivos de este libro, poder hacer «conversar» a las normas jurídicas con las normas sociales explorando sus semejanzas, diferencias y especialmente sus interacciones.

Las líneas directrices trazadas por Hart son de utilidad para reconocer la diferencia entre un hábito convergente y una norma informal, sin embargo, las normas informales que aquí nos interesan, no se vinculan con el nacimiento o el reconocimiento de los sistemas jurídicos como las que interesaban prioritariamente a Hart (que las denominaba normas sociales) y por lo tanto requieren algunos ajustes en la descripción de los rasgos de normatividad. Como ya se dijo, Hart en la mayor parte de su obra se detiene en las normas sociales para conceptualizar la génesis de un sistema jurídico, por ello su mirada está dirigida hacia un pequeño conjunto de normas sociales de alcance amplio que pueden dar cuenta primordialmente de la regla de reconocimiento. En este sentido, pareciera que las normas sociales en Hart requieren por lo menos —en la explicación genética del sistema jurídico—, por un lado, alguna forma de aceptación o acatamiento mayoritario y por el otro, al menos por parte de los funcionarios encargados de aplicar las normas, una exigencia de conciencia sobre la «juridicidad» de las normas en cuestión (algo así como una *opinio juris*).

Estas dos circunstancias, no están *permanentemente* presentes en la caracterización de las normas informales que aquí se propone. Por ejemplo, con relación al aspecto interno, no se requiere en mi caracterización de las normas informales que sea una mayoría de sujetos los que consideren a la conducta como una pauta o criterio a seguir por el grupo, sino solo una mayoría dentro del grupo en el que rige la norma social o la norma interna comunitaria en cuestión, y que puede, incluso, ser un grupo poco significativo respecto del total de la sociedad (los cocineros o los tatuadores pueden compartir normas informales en sus pequeñas comunidades, por ejemplo, relativas a la protección de la autoría de las recetas o de los diseños de tatuajes).

Tampoco es necesario en las normas sociales que aquí interesan, así como en las normas internas comunitarias, que quienes actúan conforme a ellas consideren o crean que su conducta se ajusta a las exigencias de las normas jurídicas (no se requiere esa suerte de *opinio juris* respecto de las normas sociales que se presenta en la concepción hartiana). Una norma social al igual que una norma interna comunitaria, puede tener los rasgos de normatividad antes mencionados y al mismo tiempo quien la lleva a cabo ser consciente de que su conducta es contraria al derecho (esto parece difícil de sostener en la explicación de las normas sociales de Hart destinada a dar cuenta del nacimiento de un sistema jurídico). Por ejemplo, el punto de vista interno de un caudillo barrial respecto de una norma informal que lo habilita a solicitar un soborno por cada programa de ayuda social adjudicado consiste en el hecho de que el caudillo barrial piense que a quien sea que cumpla su función le corresponde pedir ese retorno, y que esté dispuesto a criticar a quienes estando en posición análoga no lo hagan. Todo este razonamiento del caudillo barrial puede ser compatible con el conocimiento de que tanto su acción fundada en la norma informal comunitaria como las de los otros que la realizan, es contraria a diversos artí-

culos del código penal. En definitiva, en el sentido que interesa en este trabajo, pareciera que no es necesario que quien actúa motivado por una norma informal tenga la percepción o la creencia de actuar conforme a derecho.

Es decir, a diferencia de las normas consuetudinarias o costumbres legales, las normas sociales y las normas internas comunitarias, no requieren la presencia de un elemento subjetivo o psicológico (*opinio juris*) que evidencie la creencia de que la práctica responde a una obligación legal (cfr. CIJ, Plataforma Continental del Norte, 1969: párr. 77). Las normas sociales mucho más que las normas internas comunitarias comparten rasgos importantes con las normas consuetudinarias (dispersión en la creación, nacimiento a través de acciones en muchos casos, etcétera), pero también tienen diferencias como la señalada respecto de la *opinio juris* y la vinculada con el elemento material de la costumbre, es decir, la exigencia de vigencia temporal de unas y otras. Las normas sociales solo requieren una reiteración en un determinado tiempo y la normatividad mencionada a lo largo de este subtítulo; por el contrario, la exigencia de vigencia temporal parece ser mayor en el caso de las normas consuetudinarias. Durante la pandemia de la COVID-19 la omisión de saludarnos con un beso o un apretón de manos con amigos y colegas fue una norma social muy arraigada, sin embargo, su aparición fue súbita y el elemento material de reiteración en el tiempo estuvo presente por un breve lapso.

8.3.2. Normas informales: distinción de las normas morales y las normas jurídicas

Las normas informales (especialmente las normas sociales) no deben confundirse con las normas morales, las cuales constituyen otro conjunto normativo no-jurídico. Sin embargo, evidentemente entre las normas de la moral positiva y las normas sociales hay un vínculo importante: en muchos casos la moral positiva es la que genera el surgimiento o mantenimiento de normas informales; en otras oportunidades, cambios en la moral positiva generan cambios en normas sociales (y generalmente finalizan con reclamos o cambios en normas jurídicas).

A pesar de la fuerte vinculación no todas las normas sociales se constituyen sobre preceptos morales (por eso, en ocasiones se estudia específicamente la normatividad moral de las normas socialmente construidas, véase VALENTINI, 2023). Si bien no es interés de este texto explorar profundamente la vinculación entre normatividad moral y social es interesante lo que VALENTINI propone al identificar como normatividad moral de las normas socialmente construidas: «La búsqueda de los fundamentos de la normatividad moral de las normas socialmente construidas es, por tanto, la búsqueda de un principio moral P que explique cuándo y por qué el hecho de que una deter-

minada acción sea requerida o prohibida por normas socialmente construidas afecta su estatus moral» (VALENTINI, 2023: 5). En este sentido «[...] requiere encontrar un principio moral P capaz de explicar por qué el hecho de que las normas locales exijan o prohíban ciertas acciones importa moralmente» (VALENTINI, 2023: 7).

Sin embargo, entiendo que no todas las normas sociales se constituyen sobre preceptos morales. Hay incluso ocasiones en que pueden contradecirlas (como en el ejemplo de la corrupción que se expone en el párrafo siguiente). Asimismo, normas informales y normas morales no comparten otros rasgos estructurales, tales como la autonomía de las normas morales frente a la heteronomía de las normas sociales, el carácter imperativo incondicional de las normas morales en contraste con la condicionalidad de las normas sociales (BICCHIERI Y MOLDOON, 2011), la unilateralidad de las normas morales frente a la bilateralidad de las normas sociales, o el carácter histórico y contextual de las normas sociales en contraposición a la pretendida atemporalidad de las normas morales.

Para ilustrar la posible interacción y diferenciación entre normas morales y normas sociales o informales, Cristina BICCHIERI (2006: 1) proporciona un ejemplo en el que ambos tipos de normas conviven de manera contradictoria: si en una sociedad con altos índices de corrupción se pregunta a los sujetos su opinión respecto de estas prácticas, es probable que la mayoría rechace fuertemente tales conductas (las normas morales individuales y positivas proscriben tales actos) en consonancia con lo que establecen las normas jurídicas; sin embargo, el soborno a autoridades públicas sigue siendo una práctica común y tolerada (la norma social o informal permite esa conducta).

Del mismo modo, como es sabido, las normas jurídicas y las normas morales no deben confundirse. Estas diferencias no impiden que una situación concreta pueda estar regulada simultáneamente por los tres conjuntos normativos de manera coherente o contradictoria. Como señalan MORESO y VILAJOSANA (2004: 23), una conducta como el hurto puede ser sancionada tanto por una norma moral, como por una norma jurídica y una norma social; mientras que el hecho concreto de una madre de hurtar leche maternal o pañales puede ser tolerada moral y socialmente, pero penada por las normas jurídicas.

8.3.3. Surgimiento, modificación y comunicación de normas sociales y normas internas comunitarias y una comparación con las normas jurídicas

En el surgimiento de las normas sociales y de las normas internas comunitarias encontraremos un rasgo que diferencia a ambos conjuntos.

Nacimiento de las normas sociales: las normas sociales surgen a través de *acciones u omisiones* que se reiteran y perduran en el tiempo y que son realizadas por un sector considerable de los sujetos normativos relevantes en el contexto correspondiente (es decir, tienen una alta presencia estadística)⁸. Estas acciones, reiteradas, duraderas y con alta presencia estadística pueden, en algún, momento adquirir los rasgos de normatividad antes descriptos, incluido el surgimiento de algún modo de sanción, y a partir de allí identificarse como normas sociales. Desde la perspectiva de BICCHIERI la norma social aparecería cuando se presentan expectativas de conducta empíricas, normativas y recíprocas y estas expectativas se cumplen (BICCHIERI y DEMO, 2024: 2).

Nacimiento de las normas internas comunitarias: las normas internas comunitarias pueden surgir, al igual que las normas sociales de acciones reiteradas en el tiempo y estadísticamente relevantes dentro del grupo. Pero también es posible y en esto radica probablemente una de sus características diferenciales, que ellas nazcan de un «acto de autoridad informal» (el caudillo barrial con mayor poder podría informar a los otros que «a partir de hoy los programas sociales solo se asignarán a quienes acepten retornar el 20 por 100 de las sumas que reciban» o la catedrática del área de derecho internacional podría indicar que a partir del semestre que viene es obligatorio para todos los doctorandos asistir a los seminarios que organiza el departamento). Una de las diferencias más significativas entre una norma jurídica y una norma interna comunitaria es que la autoridad normativa en un caso tiene una competencia oficial (u oficializable en ese momento) para dictar esa norma mientras que la norma informal es dictada por una autoridad de hecho, o eventualmente «elegida» por sus pares, pero sin posibilidad de reconocimiento jurídico (u «oficial») para el dictado de esa norma. Es decir, la autoridad informal no actúa al amparo del sistema jurídico, aunque no necesariamente actúe en conflicto con él.

El hecho de que las normas sociales nazcan de *acciones* y algunas normas internas comunitarias también, no es contradictorio con que pueda asignárseles a ellas una racionalidad, sentido práctico u objetivo a futuro (en contra ELSTER, 1989: 99) aunque esto no parece ser un requisito *sine qua non*. Por ejemplo, muchas normas sociales sobre higiene personal o las maneras de comportarse en la mesa tienen un «sentido» vinculado con la prevención de enfermedades (aunque hay otras que no tienen un sentido instrumental, sino que son meramente normas de «etiqueta»). La presencia de una racionalidad o razón subyacente es más clara todavía en las NIC: es indiscutible que el

⁸ Postema es quien sostiene que son las *acciones* las que crean y sustentan las normas de derecho internacional consuetudinario (POSTEMA, 2012: 82) me parece que esa descripción sobre el nacimiento de las normas consuetudinarias también puede ser aplicable a las normas sociales, aunque entre las normas consuetudinarias y las normas sociales existan diferencias de otro orden (como la ya comentada ausencia de *opinio juris* en el caso de las últimas y una exigencia menor de su elemento material o de reiteración temporal).

caudillo barrial con sus actos de *petit* corrupción tiene un propósito, asociado en este caso, con su propio provecho o el de su estructura partidaria; y el investigador que dispone la asistencia obligatoria de los doctorandos a los seminarios tiene un propósito (o varios) vinculado con la mejor formación de sus discípulos o con el aprovechamiento útil de los recursos públicos.

Por el contrario, las normas jurídicas legisladas no nacen de las acciones y requieren necesariamente de un *proceso intelectual y deliberado* (como mínimo para crear una norma formal se debe describir la conducta prohibida u obligatoria, asignar a la violación de la prohibición alguna consecuencia, disponer quién está facultado para aplicarla, etcétera). Como parte de ese proceso racional también es posible identificar en las normas jurídicas un objetivo social mediato o inmediato (anteriormente hemos identificado a este sentido con el resultado social o económico o de justicia esperado (R1) de la norma).

Comunicación de las normas no-jurídicas (normas informales): Tanto su forma de surgimiento como su modo de comunicación hace que las normas informales —se trate de normas sociales o de normas internas comunitarias— sean muchas veces difíciles de identificar y su existencia y alcance difícil de demostrar. Esta falta de transparencia en la mayor parte de las situaciones no resulta problemática porque los sujetos normativos relevantes conocen cuáles son las normas informales que rigen en cada ámbito o actividad. Sin embargo, hay también numerosas situaciones, como la de un extranjero que llega a un país o cualquier persona en el momento de un nuevo inicio laboral, en el que los sujetos tienen un bajo nivel de conocimiento de las normas sociales o internas comunitarias. En estas situaciones se puede producir una *ambigüedad situacional* (BICCHIERI y DEMO, 2024: 4) como suele ser frecuente, por ejemplo, cuando llegamos a vivir a un país extranjero y desconocemos las normas sociales sobre cómo saludar en los distintos ámbitos (no es lo mismo saludar a amigos que a los padres de nuestros amigos, a los alumnos o a los colegas, a los vecinos o a las personas que conducen el autobús).

8.3.4. Existencia, eficacia y validez de las normas informales y una comparación con las normas jurídicas

Existencia y eficacia de las normas sociales: comenzaré por presentar la cuestión muy superficialmente respecto de las normas jurídicas para luego comparar estos atributos en las normas sociales. Para gran parte de la doctrina la existencia de las normas jurídicas no está forzosamente vinculada a su eficacia: una norma jurídica particular puede no ser eficaz en el sentido de acatamiento o cumplimiento y sin embargo estar vigente y «existir» en cualquiera de los sentidos que los juristas han dado a este término (cfr. CARACCILO, 1997; BULYGIN y MENDONCA, 2005; ALCHOURRON y BULYGIN, 1997; KEL-

SEN, 1986)⁹. La existencia de las normas jurídicas —en alguno de los sentidos jurídicos atribuidos a este último término (cfr. CARACCILO, 1997; BULYGIN y MENDONCA, 2005)— se vincula con la pertenencia a un sistema jurídico y no con su eficacia.

Las normas jurídicas no pueden existir aisladamente, sino que ellas son válidas sólo a partir de sus conexiones específicas con otras normas y son precisamente esas relaciones las que determinan la estructura jerárquica de un cierto conjunto normativo (NAVARRO, 2017: 10). Los sistemas jurídicos —a diferencia de los conjuntos de normas informales— están ordenados jerárquicamente y tienen pretensión de ser completos en el sentido de que para ningún caso haya ausencia de solución (lagunas normativas); también tienen pretensión de ser consistentes en el sentido de no otorgar al mismo caso soluciones disímiles (contradicciones o antinomias) y por último tienen la aspiración de ser económicos o independientes esto es, que no haya soluciones redundantes correlacionadas para cada caso (cfr. MORESO y VILAJOSANA, 2004: 114 ; BULYGIN y MENDONCA, 2005: 43).

Por el contrario, en las normas sociales existencia (aquí en un sentido extrajurídico o empírico) y eficacia como acatamiento o cumplimiento (E1) se superponen: ellas existen («son») en tanto son eficaces, es decir, cuando los sujetos normativos relevantes se comportan de acuerdo con ella¹⁰. No tiene mayor sentido sostener que existe una norma social (Ni) que ordena una conducta (C1) si muy poca gente en realidad hace C1 y si el incumplimiento de C1 no tiene ningún tipo de consecuencia (sanción en sentido amplio) (en similar sentido WOOLEY, 1967: 72). Los conceptos de eficacia y existencia son inescindibles respecto de las normas sociales mientras que no ocurre lo mismo con las normas jurídicas. En este ámbito de análisis es posible trasladar *mutatis mutandis* algunos criterios utilizados en el ámbito de las normas consuetudinarias. Así, explican Alchourron y Bulygin que respecto de las normas consuetudinarias es natural pensar que su existencia debe consistir en algún tipo de vigencia o eficacia, por lo que:

[...] la eficacia (que) es una propiedad contingente de las normas legisladas (la proposición «La norma N es eficaz» es claramente sintética cuando se trata de normas legisladas), parece convertirse en una propiedad necesaria

⁹ Excede el interés de este trabajo profundizar en los debates sobre el concepto de existencia de las normas jurídicas. Sin embargo, es prudente recordar que se ha atribuido a este concepto diferentes sentidos (existencia como vigencia, existencia como pertenencia y existencia como promulgación que es presupuesto de los dos anteriores) y que es posible que no haya un solo concepto de «existencia» que pueda dar cuenta de los diversos tipos de normas (BULYGIN y MENDONCA, 2005: 62-69). Esta diferencia, por ejemplo, quedará clara en la distinción que se formulará más adelante al introducir la cuestión de la existencia de las normas sociales y las normas informales.

¹⁰ Parecen coincidir con esta idea BICCHIERI y DEMO (2024: 2) cuando sostienen que: las normas sociales existen y se cumplen cuando: (i) El comportamiento depende de ambas expectativas (empírica y normativa) y (ii) Dichas expectativas se cumplen. Es decir, si la expectativa empírica es cumplida esto significa que la norma es eficaz.

cuando es predicada respecto de normas consuetudinarias. La proposición «la norma consuetudinaria N no es eficaz» da la impresión de ser autocontradictoria y su negación «la norma consuetudinaria N es eficaz» sería, entonces, una proposición analítica (ALCHOURRON y BULYGIN, 1997: 12).

Existencia y eficacia de las normas internas comunitarias: cabe cuestionarse si es posible arribar a la misma conclusión respecto de la vinculación entre existencia y eficacia para las normas internas comunitarias que para las normas sociales: ¿una norma interna emitida por una autoridad informal que no sea acatada sigue siendo una norma informal (ineficaz) o la falta de eficacia hace que no podamos ya referirnos a ella como a una *norma*? Me inclino a pensar que, la eficacia en este tipo de normas es similar a la de las normas sociales, pues hasta tanto la norma informal comunitaria no sea eficaz no será una *institución* en el sentido de «regla de juego presente en una sociedad» (NORTH, 2005) y no será parte de la expectativa normativa de comportamiento de los miembros de la comunidad y en lo que aquí más interesa no tendrá relevancia como factor de interacción con las normas jurídicas.

Validez de normas sociales y normas internas comunitarias: adicionalmente, la validez es un atributo que sólo puede predicarse acerca las normas jurídicas. Casi todas las versiones del concepto de validez son compatibles con este razonamiento y con la exclusión de las normas no-jurídicas de la posible calificación como válidas o inválidas. Sea que entendamos a la validez como «la competencia de la autoridad creadora de la norma (o lo que viene a ser lo mismo, la legalidad del acto creador de la norma)» (ALCHOURRON y BULYGIN, 1997: 12; BULYGIN y MENDONCA, 2005: 20), o como el rasgo que está presente «[...] si ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico» (NINO, 2003: 114), no hay cabida para la calificación como válidas o inválidas de las normas no-jurídicas o normas informales ya que ni habrá en estos casos «autoridad creadora competente», ni legalidad (o ilegalidad) del acto de creación de la norma, ni necesidad de adecuación a ciertas normas para la creación de otras. Parece, por lo tanto, que tanto las normas sociales como las normas internas comunitarias no son válidas o inválidas, si son eficaces entonces «son» o «existen».

Es cierto, sin embargo, que en el grupo de las normas internas comunitarias el origen de la norma informal puede encontrarse en un acto de poder informal o de facto (el jefe de la mafia, el caudillo barrial con mayor poder, el investigador de la universidad con mayor trayectoria), sin embargo, ese acto de poder no es equiparable a lo que usualmente se refiere como validez de una norma por varios motivos: no hay otra norma válida que indique cómo se debe crear la norma informal y no hay una norma superior que indique que (Ni) es inválida si su contenido no se adecua a ella, ni hay tampoco una «competencia» de la autoridad para emitir la norma, lo que hay en cambio es un elemento fáctico o poder de hecho, suficiente para dictar la norma.

8.3.5. Sanciones e incentivos

Uno de los principales focos de atención en el estudio de las normas informales ha sido el tema de las sanciones. Como se adelantó, hay normas informales no prescriptivas, como las que conceden permisos o potestades que no tienen una sanción asociada a ellas, pero en el caso de las normas informales prescriptivas se comparte el criterio de que las sanciones son parte constitutiva de estas (HART, 1998; HELMKE y LEVITSKY, 2004 y 2006; CARRUTHERS, 2012). Evidentemente puede referirse a ellas a través de modalidades alternativas tales como «medidas informales de refuerzo del cumplimiento» (SCHAUER, 2015) o «suplementos motivacionales» como proponía Bentham (citado por SCHAUER, 2015, sin indicar referencia más precisa), sin embargo, la esencia del concepto de sanción parece estar presente, aunque éste sea entendido de modo amplio (incluyendo la crítica, los rumores, la burla, el escarnio público, la exclusión, entre otras consecuencias).

El concepto de sanción que aquí se entiende como *mínimo necesario* de las normas informales prescriptivas es muy amplio y, en términos generales, puede entenderse que está presente cuando el quiebre de la norma tiene un significado social negativo que puede ser percibido por un observador externo y que es registrado también por quien incumple la norma.

A pesar de que la existencia de una sanción es esencial para la identificación de las normas informales no es necesario que el seguimiento de las normas informales se produzca *siempre* por temor a dicha sanción. YOUNG (2008) propone como razones para el cumplimiento de las normas sociales las sanciones o los temores a las sanciones y las razones de coordinación. Los problemas de coordinación recurrentes son problemas en donde hay alguna coincidencia de intereses entre las partes, y hay una disponibilidad de opciones para resolverlos. LEWIS, describiendo las convenciones en la solución de problemas de coordinación, explica que es una regularidad de conducta R tal que cada uno de los individuos afectados *prefiere* realizar R siempre que demás se atengan a R y prefiere además que cada uno de los demás realice R, si los otros y él mismo lo hacen (LEWIS, 1969). Para resolver estos problemas de coordinación, *preferimos* acatar la norma social y hacer cola en un comercio o subir en las escaleras mecánicas manteniendo nuestra derecha.

También la internalización o el componente automático o no deliberado de la realización de las conductas que consideramos normas informales es una razón para su cumplimiento (BICCHIERI, 2006: 4), en ocasiones, ese componente automático adquiere el rango de una «una segunda naturaleza» que se entremezcla con factores culturales (CELANO, 2016: 36), como taparnos la boca al bostezar.

Efectivamente, al igual que lo que sucede con muchas normas jurídicas el cumplimiento de las normas informales no obedece *en todas las oportunidades* al temor de una sanción. Ellas pueden ser cumplidas, como se dijo, además, por razones de coordinación o por internalización y pueden ser «eficaces» (o existir) aun cuando el riesgo de sanción sea nulo. Así, las normas pueden internalizarse y ser cumplidas de modo más o menos mecánico, o ser cumplidas para evitar sentir vergüenza o por sentimientos positivos como sentir orgullo o por el deseo de ser aceptado en una comunidad.

8.3.6. Las normas informales antidirectivas

Sin perjuicio de todo lo anterior y al igual que en las normas jurídicas, las normas informales o normas no-jurídicas que establecen permisos o potestades se presentan con otro tipo de mecanismos que no se identifican ni siquiera con un concepto amplio de sanción; sin embargo, al final de este punto veremos que es posible hacer una vinculación entre sanciones e identificación de normas informales antidirectivas. Antes de llegar a ese punto parece conveniente diferenciar entre normas informales (a) que establecen permisos que coinciden con los permisos establecidos de manera fuerte o débil por el sistema jurídico; y (b) aquellas normas informales que establecen permisos o potestades *contra legem*, es decir que se oponen a una prohibición o hacen facultativa una conducta que es obligatoria de acuerdo con las normas jurídicas. El primer grupo de normas informales no presenta mayores problemas pues los permisos concedidos por las normas jurídicas coinciden con aquellos que son establecidos por las normas informales. En todo caso normas jurídicas permisivas que coincidan con normas informales se reforzarán mutuamente logrando que se eleve la posibilidad y las condiciones de «uso» del permiso jurídico o de una de sus opciones.

Sin embargo, la identificación de las normas sociales permisivas que coinciden con permisos débiles o fuertes no es sencilla, ¿cómo podemos saber si una acción está contemplada como permitida por una norma social? Si existiera una norma de clausura en el ámbito de las normas sociales que sostuviera, al igual que en muchos sistemas jurídicos, que «todo lo que no está prohibido está permitido», cualquier acción no prohibida por otra norma social sería por defecto una norma social permisiva. Sin embargo, no es posible afirmar más que como axioma o punto de partida que existe tal norma de clausura acerca de las normas sociales. La identificación de esta norma de clausura debería realizarse mediante estudios empíricos que entiendo no serían complicados de diseñar y ejecutar.

La otra opción es entender que es irrelevante identificar a una norma social cuando las acciones que ella permite coinciden con permisos jurídicos débiles, por lo que basta la existencia del permiso jurídico (la existencia de una norma

de clausura simultáneamente con la inexistencia de prohibición jurídica) y la posibilidad de hacer uso una de las opciones que el permiso ofrece, para entender que hay eficacia en el sentido E3 de la norma jurídica y por lo tanto no tiene mayor importancia saber si existe o no una norma social coincidente con ella. La identificación de la norma permisiva informal se vuelve relevante cuando: a) se opone a una norma jurídica (lo que se desarrollará en el párrafo siguiente); b) es cuestionada por otra norma social que aparece para sustituirla y que intenta modificar lo permitido para prohibirlo o disponer su obligatoriedad. Respecto de este último caso, por ejemplo, muchas normas sociales generaban «permisos» sobre tratos diferenciales y perjudiciales hacia las mujeres o hacia las personas no heterosexuales; sin embargo, nuevas normas sociales cuestionaron esos permisos transformándolos en prohibiciones.

El caso de las normas informales que establecen permisos *contra legem* es el más interesante. En este caso, el cumplimiento de la norma informal que establece el permiso *contra legem* se traducirá en la presencia (o promesa) de incentivos positivos como la reducción de los costes con respecto al cumplimiento de la norma jurídica o el incremento de beneficios con relación al uso de la norma jurídica.

Para identificar a una norma informal prescriptiva (para diferenciarla de un hábito convergente) debemos atender, entre otros rasgos de normatividad, a la existencia de un significado social negativo ante su incumplimiento (sanción en sentido amplio); sin embargo, tal circunstancia no está presente en el caso de las normas informales que establecen permisos o potestades, entonces ¿cómo es posible identificar a las normas informales? Un posible camino para hacerlo es a través de la observación inversa: ¿la violación de la norma jurídica producida por el uso del permiso informal tiene un significado social negativo o genera una sanción informal o pone en marcha los mecanismos para que se aplique una sanción formal? Veamos: pocos de nosotros llamaremos a la policía si alguien lleva a su pequeño perro sin correa o cruza el semáforo en rojo como peatón, ni criticaremos a un colega por «descargar» música o películas de internet sin pagar por ellas. Por el contrario, no estaríamos dispuestos a tolerar a quien hace grafitis en una pared interior de un museo, ni a justificar a quien no utiliza cinturón de seguridad en el coche, desaprobáramos a quien deja su asiento del tren lleno de desperdicios y hasta estaríamos dispuestos a llamar a la policía si sabemos de alguien que maltrata a sus hijos. Estos últimos ejemplos podrían entenderse como casos en los que *no hay* una norma social que establezca un permiso informal pues la desaprobación social y consiguiente sanción informal en sentido amplio que genera la violación de la norma jurídica es similar a la que se genera ante la violación de una norma informal prescriptiva, mientras que, en los primeros ejemplos, pareciera existir una norma social que permite la conducta *contra legem* (está permitido llevar a un perro no peligroso sin correa, está permitido ver una película en internet sin pagar por ello, etcétera).

Dado que las excepciones a la necesidad de sanciones en sentido amplio se presentan únicamente en el ámbito de las normas informales antidirectivas, se seguirá haciendo referencia a las sanciones cuando no se aluda a este tipo de normas.

8.3.7. Aplicación y exigibilidad

Las normas sociales y las normas internas comunitarias son además de creadas, *exigidas y aplicadas* desde fuera de los canales «oficialmente» creados (HELMKE y LEVITSKY, 2004: 727). Mientras que las normas jurídicas (y otras normas formales) son aplicadas por algún órgano oficial u «oficializable» (en el sentido de que es pasible en las condiciones actuales de ser reconocido como legítimo por alguna autoridad estatal), las normas informales se hacen valer de una manera más dispersa (CARRUTHERS, 2012), esto es especialmente así respecto de las normas sociales. En las normas internas comunitarias puede existir menor dispersión en la aplicación y podría identificarse, en algunos casos, una autoridad informal de aplicación, como el caudillo de mayor poder en el barrio, o el líder de un movimiento social, sin embargo, el órgano o persona que aplica la norma informal tampoco será oficial ni, en principio en las condiciones actuales, «oficializable».

Las normas informales pueden tener como consecuencia la amenaza de sanciones informales o de incentivos informales, pero la ausencia de una autoridad formal de aplicación hace que, si la sanción no es aplicada o la promesa del incentivo no se cumple, no haya, por lo general, oportunidad de *hacer exigible* la sanción o la recompensa prometida. El monopolio del uso de la fuerza o de la autoridad para hacer cumplir las promesas implícitas en las normas informales es inexistente.

8.3.8. Diferencias en cuanto a sus características como conjuntos

Además de las diferencias entre las normas jurídicas y las normas informales consideradas de manera aislada o individual, se presentan algunas diferencias también en el ámbito colectivo de unas y otras: mientras que las normas jurídicas se presentan dentro de un *sistema* que regula su propia producción, las normas sociales son meros *conjuntos* no sistemáticos de normas (en similar sentido SCHAUER, 2015: 334).

Los sistemas jurídicos modernos no solo contienen normas primarias sino también reglas secundarias (de adjudicación y de cambio). Mientras tanto, los conjuntos de normas informales, especialmente los de normas sociales, se componen casi exclusivamente de normas primarias y, en algunos casos,

normas que establecen excepciones a esas normas primarias (ELSTER, 1989: 101). Por su parte, los conjuntos de normas internas comunitarias pueden tener algunas rudimentarias normas de adjudicación, pero carecerán de reglas de cambio.

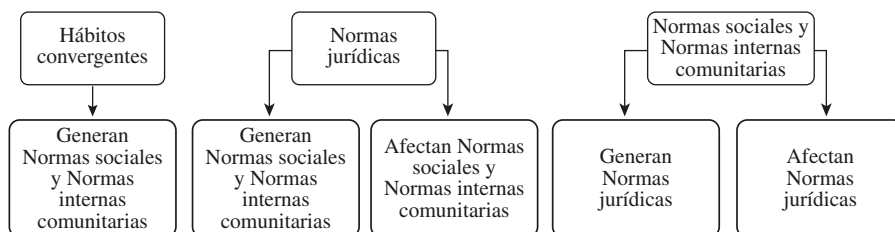
A diferencia de los sistemas jurídicos los conjuntos de normas informales no tienen pretensión de completitud. La pretensión de coherencia o consistencia es también una característica de los sistemas jurídicos, ya que en los conjuntos de instituciones informales pueden coexistir normas contradictorias y la que sea más eficaz (en el sentido de que un mayor número de sujetos normativos realice la conducta obligatoria o se inhiba de realizar la conducta prohibida) será la que en definitiva se imponga sobre la otra norma y promueva, finalmente, la desaparición de la norma en contradicción.

CAPÍTULO 9

RELACIONES ENTRE HÁBITOS CONVERGENTES, NORMAS INFORMALES Y NORMAS JURÍDICAS

Uno de los objetivos de este trabajo es explorar las interacciones entre las normas informales y las normas jurídicas y vincular estas formas de interacciones a la eficacia y efectividad de las normas jurídicas. En este capítulo sumaremos también la vinculación de las normas informales con los hábitos convergentes. Estas relaciones se pueden esquematizar del siguiente modo.

Gráfico 1. Esquema de interacción entre hábitos convergentes, normas informales y normas jurídicas



Las relaciones indicadas son de dos tipos: de «generación» y de «afectación». La primera es la relación que puede identificarse tras un enfoque *dinámico* y se pone en evidencia luego de un tiempo de interacción entre los dos fenómenos unidos por las flechas. Por ejemplo, existe una norma social que prohíbe circular sin ropa por las calles de la ciudad de Barcelona y esa norma

social recién en 2011 fue recogida por una norma jurídica¹ (la norma social fue *el antecedente*, en algún sentido, de la norma jurídica). Pero si sacásemos una foto hoy a los transeúntes de Barcelona no detectaríamos esta relación de «generación» simplemente veríamos a la gente vestida y podríamos afirmar que la norma jurídica es, en este caso, eficaz.

La relación de afectación, por el contrario, sí puede ser detectada de manera estática en un determinado momento del tiempo: si sacásemos una fotografía a los peatones que circulan por las calles de Barcelona veríamos que aun encontrándose el semáforo en rojo cruzan las calles e incluso avenidas si no vienen vehículos. En este último caso, una norma social (que *permite* a los peatones cruzar con el semáforo en rojo) *afecta* la eficacia de la norma jurídica que prohíbe esa conducta. Es decir, para detectar una relación de *afectación* podemos detener nuestra mirada en un momento determinado del tiempo, por lo que llamaré a ese enfoque «estático». La distinción anterior no implica sostener que las relaciones de afectación se producen de manera instantánea o automática, pero una vez producidas, basta un enfoque sincrónico para poder describirlas. En general, como ya se dijo, la literatura, especialmente desde la economía, la sociología y las ciencias políticas, ha prestado más atención a las relaciones de «generación» que se detectan mediante enfoques dinámicos.

Esta distinción entre los enfoques dinámicos y estáticos es útil para diferenciar algunos aspectos de la interacción entre normas informales (normas no-jurídicas) y normas jurídicas, pero es evidente que entre estos dos enfoques hay también una vinculación. Tomemos el caso de la prohibición de fumar en lugares públicos cerrados que es una norma jurídica altamente eficaz en casi todo el mundo y consiguió que se deje de fumar en esos lugares, *afectando* de esta forma a una norma social que permitía esa actividad y que coincidía con el permiso jurídico anterior (enfoque estático). Esa afectación generó posteriormente el nacimiento de una norma social funcional a la norma jurídica (Ni1) (que refuerza el enunciado «está prohibido fumar en lugares públicos cerrados») y también generó el surgimiento de, entre otras, una nueva y distinta norma social (Ni2) que podría formularse como «está prohibido fumar en los domicilios ajenos excepto que se cuente con autorización de quienes habitan en él» (enfoque dinámico).

Las relaciones entre normas jurídicas y normas informales no se reducen a los enfoques presentados, sino que pueden ser analizadas desde muy distintas perspectivas y pareciera que, además, todas las normas jurídicas al ser aplicadas, interpretadas e implementadas no pueden escapar de ser «contaminadas» por normas sociales (K. HART, 2006: 30). Como consecuencia de ello, no hay

¹ «Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona» (la ordenanza original era de 2005 y en 2011 se agregó el artículo sobre la prohibición de nudismo). Disponible en <https://ajuntament.barcelona.cat/norma-portal-juridic/es/#vid/840952150>

actividades completamente regidas por normas jurídicas ni completamente regidas por instituciones informales. En cualquier intento de entender el fenómeno de la informalidad normativa y de la eficacia de las normas jurídicas, es necesario considerar que los mundos de la informalidad y la formalidad se presentan como un *continuum*, y no como dos mundos separados con contactos esporádicos.

En los apartados que siguen se desarrollarán los cinco casos que contemplan las relaciones presentadas en el Gráfico 1. Primero se describirán las relaciones dinámicas y luego las estáticas.

9.1. CASO 1: HÁBITOS CONVERGENTES QUE SE TRANSFORMAN EN NORMAS SOCIALES Y VICEVERSA (ENFOQUE DINÁMICO)

El surgimiento de muchas normas sociales pasa, generalmente, en algún momento por el estadio de «práctica o hábito convergente». Si luego la práctica adquiere rasgos de normatividad se genera una norma social. Sin embargo, este no es el único modo de nacimiento de una norma social ya que se ha descrito el caso de normas sociales que surgen rápidamente y no pasan por el estadio de los hábitos convergentes, como el caso, ya mencionado, de la norma social que restringió los besos al saludarse y los apretones de mano en el contexto de una pandemia como la de la COVID-19. En este mismo sentido, explican BICCHIERI y MULDOON (2011) que las normas (sociales) pueden cambiar bastante rápido y nuevas normas frecuentemente emergen en un breve lapso entre personas que antes eran completamente extrañas. BICCHIERI, MULDOON y SONTUOSO (2018) brindan dos ejemplos de normas sociales que surgieron rápidamente y que no parecen haber pasado por el estadio de hábitos convergentes: los autores sostienen que el uso del lenguaje no sexista y la prohibición de fumar en público sin pedir autorización son dos normas sociales que se difundieron muy rápidamente.

Asimismo, la generación de normas sociales se puede intentar desde el Estado pero no de la forma más tradicional que sería mediante la sanción de normas jurídicas, es decir, a veces el Estado puede intentar la creación de normas sociales sin generar deberes o prohibiciones jurídicas, por ejemplo, a través de campañas de concientización para el cambio de conductas: durante la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos se intentó a través de diversas campañas modificar ciertas normas sociales que regían las relaciones de género animando a las mujeres al uso de pantalones y del pelo corto para poder reemplazar a los hombres en actividades que hasta ese momento habían sido reservadas a ellos (WAYLEN, 2014: 218). También esto puede intentarse mediante acciones conocidas como *opciones de arquitectura o nudge* (THALER y SUNSTEIN, 2009)

(p.ej., modificar la distribución de recipientes para reciclaje en las calles o instalar máquinas expendedoras de condones) o a través de *opciones financieras* como el subsidio de un determinado producto o la imposición de impuestos sobre otros (KINZIG *et al.*, 2013: 166 y ss.)². Por supuesto que si aquello que se intenta imponer como conducta no es luego aceptado por un sector estadísticamente relevante de la población, no perdura en el tiempo, ni se vuelve una conducta regular, no será un hábito convergente, como tampoco será una norma social si no adquiere los rasgos de normatividad señalados anteriormente.

Es posible identificar también el camino de regreso de las normas sociales a los hábitos convergentes. Si pensamos en las normas sociales que regían la vida de nuestros padres o nuestros abuelos es posible que advirtamos que muchas de ellas han perdido los rasgos de normatividad y hoy son solo —en el mejor de los casos— hábitos convergentes. En el ámbito de las cuestiones de género y de las relaciones intrafamiliares estos cambios son notables (lo que no implica que no sean necesarios muchos más): hace cien años era una norma social indiscutible que las parejas se casaran antes de convivir y una gran vergüenza tener un hijo sin estar casados, cuestiones que hoy en día han perdido por completo sus rasgos de normatividad y subsisten únicamente como hábitos convergentes en el mundo occidental. Cristina Bicchieri propone como ejemplo el del vestido blanco de novia que era una norma social hasta mediados del siglo xx y hoy solo puede ser considerado un hábito convergente (aunque ella los llama costumbres sociales) (Véase BICCHIERI, 2017: 3).

El surgimiento de las normas internas comunitarias parece no tener una relación tan cercana con los hábitos convergentes desde que la autoridad informal que puede emitirlas (aunque también pueden surgir del mismo modo que las normas sociales) no requiere más que el poder de hecho para dictarlas sin que esas normas surjan de *acciones* reiteradas (ver anteriormente punto 8.3.3).

9.2. CASO 2: NORMAS JURÍDICAS QUE GENERAN NORMAS INFORMALES (ENFOQUE DINÁMICO)

Aunque podamos admitir que las normas sociales y las normas internas comunitarias muchas veces surgen de manera espontánea es muy difícil entender su surgimiento aislándolas del marco jurídico general vigente o de los

² Nótese, sin embargo, que, aunque la opción del Estado para modificar los hábitos y luego las normas sociales no sea específicamente mediante la prohibición de una conducta o la imposición de una obligación, las alternativas que se enumeran en el cuerpo del texto no dejan de estar necesariamente ligadas a normas jurídicas. Así, la campaña de concientización será aprobada por una norma jurídica y lo mismo ocurrirá con la redistribución de los recipientes de reciclaje o la decisión de imponer un impuesto sobre las bebidas con azúcar o alcohol. En este sentido, estas opciones no quedan al margen del análisis jurídico-institucional que aquí se propone pues las normas que disponen este tipo de medidas también pueden ser eficaces o no serlo o ser efectivas o no serlo.

modelos políticos dominantes. De hecho, el marco jurídico es en ocasiones el elemento al cual las normas sociales y las normas internas comunitarias reaccionan (se oponen). En oportunidades es incluso sencillo identificar una norma jurídica concreta como la causa del nacimiento de una norma social o de una norma interna comunitaria que se le opone, o sea, es *disfuncional* a la norma jurídica (entenderé a estas normas informales, siguiendo a HELMKE y LEVITSKY, como *endógenas* a normas jurídicas).

Como ya hemos visto en el subtítulo anterior incluso hay normas sociales y/o normas internas comunitarias impulsadas por el gobierno o cuya *creación* puede atribuirse a una decisión planificada desde el Estado. Casos interesantes de este tipo de normas informales son las que se instalan en la población respecto al rechazo o al odio hacia otras naciones, lenguas, culturas o religiones (véase LESSIG, 1995: 973 y ss.). También la construcción de la tradición es un modo de generar normas sociales que no resulta política ni socialmente neutral (sobre la construcción de la tradición, véase HOBBSAWM y RENGERS, 1983). Esta afirmación no implica en modo alguno sostener que *todas* las normas informales se originen a partir de la existencia de una norma formal. Sin embargo, el marco institucional formal general será, en parte, el molde que otorgará forma y establecerá en ocasiones la posibilidad de surgimiento tanto de las normas sociales como de las normas internas comunitarias.

HELMKE y LEVITSKY (2006: 18) como adelanté, distinguen entre aquellas normas o instituciones informales que son *endógenas* a normas formales y aquellas que no lo son. Las primeras, de acuerdo con estos autores, «en sus orígenes están directamente relacionadas con alguna norma formal». Si bien los autores mencionados no lo sugieren, es posible entender que estas instituciones o normas informales endógenas no son otra cosa que *efectos* de la norma jurídica, tal como se ha descripto anteriormente.

Por su parte, las normas informales *no-endógenas* a normas formales pueden identificarse principalmente en dos ámbitos: por un lado, el ámbito que rige las relaciones entre personas y el vínculo entre personas y cosas, cuya regulación no resulta interesante para las normas jurídicas o se trata de ámbitos en los que al Estado le está vedado intervenir en un modelo liberal. Por otro lado, las normas informales no-endógenas pueden surgir como respuesta a lagunas normativas o axiológicas, es decir, ámbitos que el derecho podría regular y sobre los que hay alguna demanda de regulación, pero esa demanda es insuficiente para la generación de normas jurídicas o los actores que las demandan carecen de poder para promover cambios en las instituciones formales.

Como también se dijo antes, es posible que una norma jurídica tenga como propósito o fin social (es decir como R1) la creación de una norma social o el fortalecimiento de una existente. Para el año 1909, por ejemplo, diecisiete estados de Estados Unidos habían prohibido la venta de cigarrillos (no de cigarros ni de tabaco para fumar en pipa), y esa prohibición no tenía como

fundamento cuestiones de protección de la salud ya que entonces no había prueba científica sobre su capacidad de dañar la salud y, además, la norma no prohibía fumar tabaco en otros formatos, sino únicamente detener a las mujeres del creciente hábito de fumar ya que este se consideraba «escandaloso» por invadir un ámbito considerado de placer exclusivamente masculino (LESSIG, 1995: 1025-1026).

A esta altura debe resultar claro que no todas las normas sociales y/o normas internas comunitarias son disfuncionales al sistema jurídico o a una norma jurídica. Por el contrario, muchas normas informales que surgen como consecuencia de la existencia de una norma jurídica refuerzan su cumplimiento o la posibilidad de alcanzar los resultados sociales esperados. Así, explica Schauer:

[...] el derecho puede con frecuencia lograr el mayor bien no al ejercer directamente la coerción sobre quienes le están sujetos para que se comporten de manera socialmente deseable, sino en cambio creando o haciendo cumplir las normas sociales que luego influirán más directamente sobre la conducta. Si el derecho puede señalar la inaceptabilidad de una cierta práctica, se dice, pueden luego desarrollarse normas previamente inexistentes en contra de esa práctica, y normas previamente débiles pueden verse fortalecidas. De esta manera [...] el derecho puede tener un efecto sobre el comportamiento distinto de, o en adición a, su poder coercitivo más obviamente directo (SCHAUER, 2015: 337).

Pareciera, sin embargo, que la razonable idea de que el derecho puede «lograr el mayor bien» creando o haciendo cumplir normas sociales que luego influirán más directamente en la conducta, requiere necesariamente un mínimo grado de eficacia de la norma jurídica (en el sentido de acatamiento o cumplimiento y también en su aplicación) y de efectividad. Una norma jurídica no eficaz o solo débilmente eficaz difícilmente genere un cambio de hábitos capaz de convertirse luego en una norma social. Algo similar ocurre con la efectividad: si se sabe que una norma está mal diseñada y no conduce al fin social para el que fue sancionada no habrá grandes incentivos ni para su acatamiento, ni se presentarán probablemente las condiciones para que se genere a partir de ella una nueva norma informal.

El caso de la prohibición de fumar en lugares públicos cerrados, es un claro ejemplo de la generación de diversas normas sociales a partir de la eficacia de las normas jurídicas: hoy en día la prohibición de fumar en lugares públicos cerrados se ha transformado en una norma social —que coincide con la norma jurídica—, pero además nuevas normas sociales han surgido —que no son coincidentes con las normas jurídicas pero tampoco contrarias a ellas— como la prohibición de fumar en domicilios ajenos sin autorización o incluso, en ciertas comunidades, la de fumar delante de otras personas hasta en lugares al aire libre (véase BICCHIERI, MULDOON y SONTUOSO, 2018).

9.3. CASO 3: NORMAS INFORMALES QUE INCENTIVAN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS (ENFOQUE DINÁMICO)

Muchas veces las normas jurídicas son la réplica de ciertas normas informales, en otras ocasiones, por el contrario, las normas jurídicas se sancionan para repeler o neutralizar una situación social o económicamente indeseable o injusta generada por una norma informal.

El primer grupo (normas jurídicas que replican normas informales), contempla situaciones en las que el derecho resulta *convocado* o, en otros términos, se genera una *demanda de formalización*. Por las características propias de las normas informales (carencia de fuerza de ley, ausencia de un órgano encargado de la aplicación, falta de claridad sobre las sanciones, etcétera) puede ocurrir que ciertas normas informales requieran en cierto momento de su formalización para subsistir. Ello puede obedecer a que se trate de normas informales incipientes que aún encuentran resistencia en algún sector de los sujetos normativos relevantes o, por el contrario, de normas informales que están perdiendo fuerza (menos cantidad de sujetos se comportan de acuerdo con ella o un grupo de sujetos estadísticamente relevante o cualitativamente significativo deja de comportarse de acuerdo con ella). Esto último parece haber ocurrido con la necesidad que se presentó en 2011 en la Ciudad de Barcelona de prohibir el nudismo ante el avance de esta tendencia o comportamientos díscolos de turistas que comenzaron a masificarse. En los fundamentos de la Ordenanza de 2011 puede verse que la norma social (aun sin mencionarla) es aquello que se pretende fortalecer con la legislación. Dice el fundamento al art. 74 que este se sustenta «[...] en la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las *pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las personas* que igualmente están o transitan por el espacio público» (la itálica no obra en el original).

La otra posible relación de generación (legislativa) de una norma jurídica a raíz de una norma informal es cuando esta última es preexistente a la norma jurídica y genera una situación social indeseable que se quiere repeler o neutralizar a través de la sanción de la nueva norma jurídica. Este es el caso paradigmático de las múltiples leyes y normas que promueven la igualdad de género y que intentan neutralizar normas sociales muy arraigadas que permiten tratar diferente a las mujeres de los hombres, generando desventajas e imposibilidad de hacer eficaces derechos (en el sentido visto en el capítulo 5, es decir, como imposibilidad de usar una de las opciones disponibles o como ineficacia heterodoxa). En los puntos 9.4 y siguientes se revisará el enfoque estático y se advertirá que muchas veces las normas jurídicas dictadas para re-

pelar una norma informal preexistente que es considerada disvaliosa fracasan (no son eficaces o lo son en muy bajo grado y, por lo tanto, generalmente no son efectivas). Lograr el éxito en este tipo de situaciones suele ser el desafío más importante que enfrentan los legisladores. Es obviamente importante que además del buen diseño legislativo estas normas jurídicas llamadas a neutralizar normas informales disvaliosas cuenten con el respaldo de eficaces mecanismos de aplicación (E2).

En los países de tradición continental europea, la creación de preceptos jurídicos que preexistieron como normas informales o que quieren repelerlas suele venir de la mano de reformas legislativas y no tanto del reconocimiento judicial. En todo caso, el reconocimiento de las normas informales por vía judicial no podría ser *contra legem* porque las normas sobre jerarquía normativa, generalmente, así lo establecen. Inclusive si se tratara no ya de una norma informal sino de una costumbre³.

9.3.1. Generación de normas e interpretación: el papel de las normas informales

Hay un ámbito muy interesante para explorar en el terreno de la generación de normas jurídicas con base o sustento en normas informales que es el uso de las normas informales para la interpretación jurídica o para la determinación de los hechos en los procesos judiciales. Hay diversos sentidos en los que las normas informales pueden ser el fundamento de la interpretación: desde casos en donde la indeterminación de los conceptos jurídicos requiere ser completada por el intérprete y se utilizan normas informales para hacerlo, hasta casos en donde la validez de la norma puede sustentarse parcialmente en su adecuación a normas informales.

Dentro de esta última posibilidad el caso del nudismo en Barcelona es un buen ejemplo. La ordenanza se justificaba en su exposición de motivos «[...] en la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las

³ Schauer propone el ejemplo de los pescadores de Walmer quienes secaban sus redes en espacios que eran nominalmente privados y cuando un propietario les impidió seguir haciéndolo los pescadores lo demandaron judicialmente y lograron que se reconozca que la costumbre de secar las redes en ese espacio prevalecía sobre el derecho de propiedad (SCHAUER, 2015: 335). Este tipo de razonamiento sería prácticamente inviable en la mayoría de los países de tradición romano-germánica pues en estos la costumbre tiene un papel secundario y siempre inferior a las leyes. Esto, por ejemplo, surge del art. 1 del Código Civil español y se reproduce en gran parte de los ordenamientos latinoamericanos: art. 1 C.C. español «1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada [...]».

personas que igualmente están o transitan por el espacio público». El art. 74 de la ordenanza dispone lo siguiente: «Queda prohibido ir desnudo o desnuda o casi desnudo o casi desnuda por los espacios públicos, salvo autorizaciones para lugares públicos concretos, mediante Decreto de Alcaldía» (art. 74.bis.1).

La exposición de motivos da cuenta claramente de la existencia de una norma social («pautas mínimas generalmente admitidas») con relación a la desnudez y más tarde el Tribunal Supremo español recogió nuevamente la importancia de la norma social para entender, que «violar» esa norma social implica generar molestias. Sostiene: «Se trata, simplemente, de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad».

La Ordenanza había sido cuestionada judicialmente por una organización nudista y otra naturista con el argumento de que violaba el derecho a la igualdad y a la libertad ideológica. Además, los accionantes trataron de demostrar que la norma social no rechazaba la desnudez en lugares públicos. El Tribunal Supremo español sostuvo la validez de la prohibición del nudismo rechazando las alegaciones de violación a la igualdad y a la libertad ideológica y adicionalmente refutando la prueba sobre el cambio de la norma social:

[...] entendemos notorio, de que (*sic*) la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden, pues los datos que aporta al respecto la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO sobre el supuesto carácter residual del rechazo al naturismo se limitan a una encuesta elaborada por un periódico con una muestra de 10.000 personas, extremo insuficiente como para entender que concurre esa clara mayoría de aceptantes (Tribunal Supremo, Sentencia del 23/03/2015, Recurso de Casación 1882 / 2013, considerando cuarto).

También es interesante ver el otro aspecto de la relación entre interpretación y normas informales: cuando la norma informal funciona como un límite a la capacidad del Estado de imponer restricciones. En el mismo caso se interpretó la norma jurídica que multaba el estar «casi desnudo» o «casi desnuda» y se declaró que ella era demasiado indeterminada como para ser el antecedente de una sanción administrativa y por ello resultaba violatoria del principio de legalidad y tipicidad⁴. Lo interesante es que, otra vez, la interpretación considera una norma social para llegar a la declaración de invalidez:

Sin necesidad de descender a casos o ejemplos concretos, están en la mente de todos supuestos, incluso en conocidos y relevantes acontecimientos so-

⁴ «En el caso analizado, entendemos que el motivo de recurso debe prosperar en relación con las expresiones “casi desnudo” y “casi desnuda” del artículo 74.bis.1 de la Ordenanza [...] pues, en contra de lo afirmado en la sentencia de instancia, no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan» (Considerando octavo).

ciales, en los que están plenamente aceptadas determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad, la mayoría del cuerpo de la persona, sin que ello suponga reproche alguno desde el punto de vista de la percepción social (Tribunal Supremo, Sentencia del 23/03/2015, Recurso de Casación 1882 / 2013, considerando octavo).

En otras ocasiones los conceptos jurídicos indeterminados o más vagos pueden ser completados para su aplicación por normas informales (especialmente normas sociales). Tomemos el caso del *consentimiento* en las relaciones sexuales. El concepto de consentimiento en este ámbito es y ha sido problemático. Como explica Silvina Álvarez, el consentimiento, en las relaciones sexuales heterosexuales, «[...] es un concepto de contornos no definidos de manera taxativa en cuanto a las formas de manifestación. El consentimiento será así interpretado en cada supuesto atendiendo a aquellos aspectos que están en el núcleo del concepto pero que no cierran las diversas formas de expresión o manifestación» (ÁLVAREZ MEDINA, 2023: 362). Aun cuando la legislación mejore en su intento de precisar los límites del consentimiento como lo ha hecho, por ejemplo, la última reforma legislativa en España⁵, parece que, en el ámbito de las relaciones sexuales, el consentimiento tendrá generalmente aristas que deben ser completadas por los jueces al interpretarlo. Estas interpretaciones se nutren en muchas ocasiones de normas sociales y es interesante ver cómo ha evolucionado la idea de consentimiento en los pronunciamientos judiciales.

Por ejemplo, en España, como en otros países del mundo, hasta hace muy poco tiempo, la *ausencia* de consentimiento en las agresiones sexuales se interpretaba como requiriendo una resistencia activa por parte de la víctima⁶. De manera similar, la *presencia* de consentimiento se daba por probada sobre consideraciones evidentemente erigidas sobre unas normas sociales, hoy reemplazadas por otras más valiosas (en el sentido que se ha adoptado para este término en 8.2, es decir vinculado con la expansión de las capacidades humanas). El siguiente caso es una clara muestra de ello:

⁵ Artículo 178.1. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

⁶ En un número significativo de casos, la jurisprudencia interpretó que el delito de agresión sexual (tipificado por el ya derogado art. 178 del CP) exigía la oposición previa o simultánea de la víctima, llegando incluso a requerir, en ocasiones, que el agresor superara, mediante violencia o intimidación, la resistencia desplegada por la víctima para repeler el ataque. Según lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 137/2019, de 17 de enero, el análisis de la conducta debía basarse en las circunstancias específicas del caso concreto, considerando aquellas que revelaran la voluntad contraria al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos empleados para superarla (similar doctrina se reitera en SSTs 311/2020, de 15 de junio; 478/2019, de 14 de octubre; 834/2014, de 10 de diciembre; 538/2018, de 8 de noviembre).

Sentencia de la A.P. de Pontevedra de 27 de febrero de 1989. Los procesados fueron acusados de violación por yacer con una joven que se encontraba bebida para después abandonarla en un bosque. La Audiencia Provincia absolvió a los acusados argumentando que la víctima era «una chica casada, aunque separada, y por eso con experiencia sexual», que «mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela, el carecer de domicilio fijo, encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas», y que se prestó «a viajar en el vehículo de unos desconocidos [...], haciéndolo entre ambos en el asiento delantero y poniéndose así, sin la menor oposición en disposición de ser usada sexualmente en horas de la noche y en el lugar solitario al que hasta entonces, cuando menos, llegó, según dijo, sin oponer resistencia o reparo alguno»⁷.

La sentencia fue íntegramente ratificada por el Tribunal Supremo español, pero se calificaron de desafortunadas las manifestaciones contenidas en la sentencia de la A.P. de Pontevedra respecto de la víctima (sentencia de 3 de julio de 1991) (PERAMATO, 2022: 205, nota al pie 16).

Evidentemente no son solo las normas sociales las que permiten una construcción como la que contiene la sentencia transcrita anteriormente, sino también la existencia de estereotipos y/o sesgos implícitos que, de un modo muy estrecho, se encuentran vinculados también a la cuestión de las normas informales (aunque esta vinculación no será abordada en este trabajo). Este caso es una muestra, a pesar de su repudiable contenido, de que los tribunales al interpretar utilizan de manera frecuente las normas sociales.

9.4. CASO 4: NORMAS INFORMALES QUE AFECTAN A NORMAS JURÍDICAS (ENFOQUE ESTÁTICO)

El enfoque estático, como se adelantó, se interesa en las relaciones de afectación, es decir, cuando una norma social o norma interna comunitaria incide en la eficacia y efectividad de una norma jurídica. Por el contrario, el enfoque dinámico visto anteriormente se preocupa por las relaciones de generación, es decir, el modo en que las normas informales pueden incidir en la necesidad de crear normas jurídicas o como son parte de la creación normativa a través de la interpretación y cómo las normas jurídicas generan, a su vez, normas informales.

En el enfoque estático nos detendremos en la observación de cómo las normas sociales y las normas internas comunitarias interactúan con las normas jurídicas influyendo en la eficacia de estas o en su efectividad (la interacción puede presentarse reforzando la eficacia y la efectividad u obstaculizándolas). Las normas informales también reemplazan de algún modo a las normas

⁷ Sentencia citada por (PERAMATO, 2022: 205 nota al pie 16).

jurídicas cuando estas son ineficaces, no efectivas o se trata de un ámbito no regulado por el derecho. De todas estas interacciones resultan especialmente interesantes para este trabajo las que afectan negativamente la eficacia o la efectividad de las normas jurídicas. Es decir, son especialmente interesantes las normas informales que resultan *disfuncionales* a las normas jurídicas.

Diversos autores han esquematizado las relaciones entre normas jurídicas e informales de diferentes formas. Como se ha adelantado, la mayor parte de los trabajos se dirigen a dar cuenta de lo que aquí se ha llamado *enfoques dinámicos*, es decir, la relación entre ambos grupos de normas (informales y jurídicas) que genera la producción de unas y otras⁸. Hay una menor cantidad de trabajos que se ocupa del aspecto que he llamado estático⁹. Se propone a continuación un modo de abordar este enfoque estático o «de afectación» de las normas jurídicas que parte del siguiente presupuesto: si existen normas jurídicas y normas informales que regulan el mismo ámbito de manera total o parcial, la eficacia o ineficacia de la norma jurídica será en buena medida producto de la interacción sinérgica o de competencia con la norma informal.

En las relaciones de competencia entre normas —que se describirá a continuación— se asume que todas las normas jurídicas están correctamente diseñadas y se excluyen los casos de efectividad impropia¹⁰, ya que son casos marginales, así como los casos en los que la ineficacia se produce por razones objetivas (no por dificultades para motivar la conducta)¹¹, ya que la afectación a la eficacia de N1 no proviene generalmente en estos casos de la interacción con normas informales. Por el contrario, sí se considerará como una auténtica relación de competencia a lo que he llamado *normas formalmente eficaces* que, recuerdo, se presenta cuando además de cumplirse con la conducta indicada (C1) por la norma (N1) el sujeto realiza conductas alternativas (C2, C3, C4, CN) que neutralizan o anulan las consecuencias de haber obrado conforme a la norma jurídica.

En el cuadro 1 (p. 132) se presentan diversos casos de normas prescriptivas que en tensión, competencia o abierta contradicción con normas informales resultan afectadas por estas últimas en su eficacia.

Si las normas están correctamente diseñadas (cuestión que es asumida en el cuadro 1), la afectación a la eficacia de las normas jurídicas puede redundar —y casi siempre es así— en que los resultados sociales o de justicia esperados por la legislación no sean alcanzados o sean alcanzados en menor medida, es

⁸ Cfr. entre muchos otros NORTH, WALLIS y WEINGAST, 2009a; NORTH, WALLIS y WEINGAST, 2009b; NORTH, 2005; MAHONEY y THELEN, 2010; SCHAUER, 2015; ALDASHEV *et al.*, 2012; CARRUTHERS, 2012.

⁹ Algunos trabajos en este sentido son los de PISTOR, HALDAR y AMRIT, 2009 y HELMKE y LEVITSKY, 2004, 2006.

¹⁰ Son los casos en los que la norma es efectiva pero no eficaz; véase capítulo 3, punto 3.3.

¹¹ Esto fue tratado en el capítulo 6.

decir, puede afectar su efectividad. En los casos incluidos en el cuadro 1, la norma jurídica (N1) dispone la realización u omisión de realización de determinada conducta (C1) con el fin de alcanzar un determinado resultado social o de justicia (R1); sin embargo, esa conducta es reemplazada por otra originada en una norma informal [Ni (C2)] y en la mayoría de los casos el resultado social esperado (R1) no se alcanza¹².

En el cuadro 2 (p. 134) se presentarán las posibles relaciones de competencia entre reglas jurídicas antidirectivas (es decir aquellas que confieren permisos, potestades o competencias) y normas informales, asimismo se presentarán las posibles relaciones de competencia entre normas informales y permisos débiles, a los que consideraré establecidos por defecto por el sistema jurídico (asumiendo la existencia de una regla de clausura) y, por lo tanto, como «instituciones jurídicas» es decir, como reglas del juego presentes en una sociedad. Estas relaciones de competencia se producen cuando las normas informales prohíben u obligan a realizar algo que está permitido o que es facultativo en el sistema jurídico. Como se dijo anteriormente, es posible y frecuente que las normas jurídicas y las normas informales coincidan en aquello que permiten y en esos casos normas jurídicas y normas informales se refuerzan mutuamente y no presentan problemas relevantes.

En los ejemplos incluidos en los cuadros 1 y 2 se han presentado casos de normas jurídicas que han sido afectadas por alguna norma informal preexistente o surgida con posterioridad, es decir, se ha producido una relación de afectación y por lo tanto se los describió desde una perspectiva estática. Para finalizar este apartado presentaré un ejemplo que reúne la interacción y la relación entre los enfoques dinámicos y estáticos que se presentaron antes.

¹² Una excepción podría ser el caso de la práctica de la interrupción del embarazo en los hospitales públicos en España, pues en este supuesto si bien la norma es ineficaz para los sanitarios del sistema público, estos derivan a las pacientes a clínicas privadas concertadas en las que finalmente la práctica se realiza sin que se conozca hasta el momento un aumento de riesgo en la práctica médica por no realizarse en hospitales públicos. Lo que sí conlleva esta ineficacia es un problema de aumento de costes para el Estado por la necesidad de utilizar clínicas concertadas y una cantidad de interferencias en la vida de las mujeres que deben asistir a las clínicas privadas, pues estas clínicas se encuentran habitualmente estigmatizadas, incluso se producen esporádicamente manifestaciones o coacciones contra los pacientes y médicos que ingresan en las clínicas. Especialmente, en muchas provincias no hay clínicas, por lo que las mujeres deben desplazarse hacia otras provincias para interrumpir sus embarazos. En 2023 el Tribunal Constitucional otorgó una indemnización a una mujer a la que le fue denegada la atención en un hospital público en Murcia y debió trasladarse a Madrid. Sostuvo el TC: «[...] la derivación a una clínica privada en Madrid no “se hace de forma correcta”, sino que se hizo vulnerando manifiestamente lo dispuesto en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, en la redacción vigente en el momento de los hechos. Como sostiene la STC 44/2023, FJ 8, la ley ha creado “una obligación a cargo de las administraciones públicas de garantizar una prestación pública de la interrupción voluntaria del embarazo que se configura como un derecho público subjetivo de carácter prestacional”. Este derecho conlleva que la prestación ha de efectuarse en los términos que la ley lo configura (art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010) y, como se acaba de señalar, esta norma establece que la interrupción del embarazo ha de efectuarse en los centros de la red sanitaria pública, salvo en los supuestos excepcionales en los que el servicio público de salud no pueda facilitar en tiempo la prestación. En el presente caso no se ha acreditado que concurra esta circunstancia» TC. Sala Primera. Sentencia 78/2023, de 3 de julio de 2023.

Cuadro 1. Relaciones de competencia o contradicción entre normas jurídicas prescriptivas y normas informales.

Norma jurídica	Norma informal	Ejemplos del triunfo de la norma informal
Prohíbe	Releva de la prohibición (otorga permiso)	En los países europeos, el matrimonio forzado está prohibido y casi todos los países establecen los 18 años como la edad mínima legal para el matrimonio. Sin embargo, en ciertas comunidades sigue ocurriendo y afectando a mujeres y niñas jóvenes. En 2005 en Francia, se estimó que 70,000 personas estaban en riesgo de matrimonio forzado* Los matrimonios forzados y los matrimonios infantiles suelen estar vinculados a normas informales que tienen un origen económico, religioso o social (BICCHIERI, 2017: 4-5). Es posible entender que estas normas, dado que se producen en ciertos tejidos sociales con participantes repetidos, puedan ser entendidas como normas internas comunitarias.
Prohíbe	Obliga	En la India en el año 1961 se prohibió formalmente la tradición de la «dote matrimonial». Sin embargo, una familia con hijas mujeres está obligada actualmente a aportar la dote antes de que su hija se case**, por lo que la norma social persiste y la norma jurídica es altamente ineficaz.
Obliga	Releva de la obligación (torna facultativa la conducta)	En los últimos años, para paliar la desigualdad en los ingresos entre hombres y mujeres, se dictaron diversas normas que promueven la igualdad en las condiciones de contratación y obligan a dar igual tratamiento salarial a hombres y mujeres. El principio de igualdad de remuneración bajo la ley de la UE se refleja, en general, en la legislación de los Estados miembros, tanto a nivel constitucional como legislativo, ya sea como parte del derecho laboral general o según lo previsto en la legislación específica contra la discriminación. Sin embargo, en Europa y en todo el mundo, esta obligación se neutraliza mediante normas sociales que permiten cualquiera de las opciones: que existan diferencias salariales (la norma jurídica es neutralizada) o que hombres y mujeres reciban la misma retribución. Esta exención de la obligación llevó a una brecha salarial de género que se sitúa en la UE en el 12,7 por 100 en 2023 y que ha variado muy poco en la última década****.

Norma jurídica	Norma informal	Ejemplos del triunfo de la norma informal
Obliga	Prohíbe	Luego de pronunciado el fallo <i>Brown vs. Board of Education</i> (1954) por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, en muchas escuelas públicas se continuó con las prácticas segregatorias impidiendo que los estudiantes afroamericanos se incorporaran en escuelas a las que también acudían estudiantes blancos (ORFIELD, 2001 y REARDON, 2014). Otro caso interesante es el que ya se ha mencionado sobre los abortos en hospitales públicos en España: la ley establece que la interrupción voluntaria del embarazo es un servicio incluido en las prestaciones del sistema público de salud****; sin embargo, los médicos de los hospitales públicos que están obligados a realizar abortos han rechazado sistemáticamente realizar esta intervención, sin haberse acogido a la objeción de conciencia. Como resultado, actualmente el 82,7 por 100 de los abortos se remiten a clínicas privadas (en 2013 esta cifra era del 91.04 por 100)*****. En otras palabras, la ley «obliga» a los profesionales de la salud pública a realizar interrupciones voluntarias de los embarazos (excepto en casos de objeción de conciencia), pero la norma social «prohíbe» esta práctica en los hospitales públicos.

* Véase Resolución 1468 (2005) – *Forced marriages and child marriages* <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref.xml2html-en.asp?fileid=17380&lang=en> and European Union Agency for fundamental rights (FRA). (2014). Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf

** En caso de la dote matrimonial en la India, hay dos normas sociales se refuerzan mutuamente: existe una norma social que establece que cuanto más tarde se celebre el matrimonio, mayor será la dote, lo que a su vez promueve el matrimonio temprano, especialmente para las mujeres (YOUNG LIVES & NATIONAL COMMISSION FOR PROTECTION OF CHILD RIGHTS, 2017: 3).

*** https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/express/2020/3/story/20200227STO73519/20200227STO73519_es.pdf. Visitado el 10 de octubre de 2024. En 2023 el Parlamento Europeo aprobó una nueva regulación para evitar la brecha de salarios entre hombres y mujeres. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20230327IPR78545/brecha-salarial-de-genero-el-pe-aprueba-nuevas-normas-de-transparencia>. Visitado el 22 de junio de 2024.

**** Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo.

***** Información del Ministerio de Sanidad de España. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/areas/promocion/Prevencion/embarazo/datosEstadisticos.htm#Tablad1>. Visitado el 20 de junio de 2024.

Cuadro 2. Relaciones de competencia entre reglas jurídicas antidirectivas y permisos negativos y normas informales

Norma jurídica	Norma informal	Ejemplos del triunfo de la norma informal
Confiere Permiso, potestad o competencia	Prohíbe	La mayoría de los países de la UE, siguiendo la directiva de la UE sobre la conciliación de la vida laboral y familiar (Directiva 2019/1158), han incorporado la licencia de paternidad en su legislación. Sin embargo, el uso de la licencia de paternidad en Europa y en todo el mundo es generalmente bajo (los padres tienen derecho a la licencia parental remunerada en 28 países y solo el 29 por 100 toma alguna licencia según KOSŁOWSKI, BLUM y MOSS, 2016, y HAAS y HWANG, 2019). Más allá de las diferencias regulatorias que influyen en el uso de la licencia de paternidad, los estudios sobre el tema muestran que las normas sociales o normas internas comunitarias tienen un impacto importante en la baja aceptación de la licencia de paternidad. Un ejemplo claro proviene de Suecia, donde existe el derecho a la licencia de paternidad desde 1974; sin embargo, los padres solo se toman una cuarta parte de los días permitidos (HAAS y HWANG, 2019), y la razón que explica este bajo uso del derecho es que «[...] las normas masculinas en el lugar de trabajo pueden dificultar que los padres elijan tomar mucha licencia, mientras que los aspectos de la estructura tradicional del lugar de trabajo basados en estas normas pueden afectar negativamente las capacidades de los padres para tomar mucha licencia. La cultura y la estructura del lugar de trabajo parecían basarse en suposiciones de que el trabajador ideal debería priorizar el trabajo y tiene responsabilidades limitadas de cuidado, estableciendo límites a la capacidad de los padres para compartir la licencia con las madres» (HAAS y HWANG, 2019).
Confiere Permiso, potestad o competencia	Obliga	En África se permite recolectar agua limpia y potable de ciertas fuentes. A través de la influencia de las normas sociales, este permiso se transforma en una obligación para las mujeres: las mujeres y las niñas son las únicas responsables de recolectar agua en 8 de cada 10 hogares que tienen agua fuera de las instalaciones *****.
Ámbito no regulado (permiso débil)	Obliga	En ciertos países como muchos de América Latina y Europa, no hay regulación jurídica específica sobre la obligatoriedad del amamantamiento, sin embargo, la práctica de amamantar a los recién nacidos ha adquirido rasgos típicos de norma social que obliga a tal conducta y se reprocha socialmente el no amamantar cuando no hay causas médicas que lo impidan. El caso de Noruega ha sido considerado paradigmático de esta situación *****.

Norma jurídica	Norma informal	Ejemplos del triunfo de la norma informal
Ámbito no regulado (permiso negativo)	Prohíbe	Como contracara del ejemplo anterior: en Estados Unidos en gran parte de los estados no hay una prohibición formal de amamantar en público, sin embargo, el reproche social de esta práctica es notable y prácticamente no se amamanta en público.

***** World Health Organization & UNICEF (2017) Progress on drinking water, sanitation and hygiene: update and SDG baselines.
***** Sobre el caso de Noruega véase <https://www.nytimes.com/2003/10/21/world/norway-leads-industrial-nations-back-to-breast-feeding.html>. Visi-
tado el 20 de junio de 2024.

Muchas de las normas jurídicas sobre relaciones familiares que hoy conocemos —por ejemplo las que legalizan las convivencias de hecho, el divorcio, o el tratamiento igualitario a los hijos nacidos fuera del matrimonio— comenzaron como normas sociales que se oponían (en alguna de las formas señaladas en los cuadros anteriores) a las normas jurídicas sobre derecho de familia, que eran entonces más conservadoras, y esas normas sociales generaron la demanda de los cambios que finalmente recogieron las leyes (WAYLEN, 2014, 218). Finalmente, cuando las normas jurídicas fueron modificadas, aceptando otorgar derechos y obligaciones a las relaciones de convivencia, disolver matrimonios, y otorgar iguales derechos a los hijos extramatrimoniales, las normas sociales preexistentes permitieron una mayor eficacia o mejores índices y calidad de uso de las nuevas normas jurídicas.

9.5. CASO 5: NORMAS JURÍDICAS QUE AFECTAN A NORMAS INFORMALES (ENFOQUE ESTÁTICO)

Como se adelantó, uno de los mayores desafíos de quienes tienen la tarea de diseñar e implementar normas jurídicas es conseguir la eficacia como adecuación de conductas (E1) y ello implica muchas veces vencer a las normas informales disvaliosas o disfuncionales. Es también posible, como ya se indicó, que el objetivo de la norma jurídica no sea vencer a una norma informal sino fortalecerla. Se trata de casos en los que, por algún motivo, se requiere un refuerzo adicional a la norma informal (considerada valiosa). En estos casos el derecho resulta convocado y ello puede ocurrir por diversas razones: llevar adelante las sanciones informales puede resultar costoso (véase más adelante el caso de los fumadores pasivos) o puede aparecer una situación novedosa que debilite a la institución informal y por ello requiera un apuntalamiento por parte de las normas jurídicas (recuperando ejemplos anteriores, la aparición de mujeres fumadoras en Estados Unidos a principio del siglo xx o los turistas nudistas que comenzaron a hacerse visibles desnudos por las calles y playas de Barcelona). En esas ocasiones es necesario suplementar las sanciones informales con la fuerza del Estado. Cuando el «hacer cumplir» la norma informal resulta costoso para los individuos, con la formalización se produce un doble efecto: por un lado, el deber de «hacer cumplir» la ley se pone en cabeza de individuos especializados como inspectores, policías o jueces (AXELROD, 1986: 1106) a lo que se podría agregar, que la sanción informal adquiere otro valor simbólico cuando tiene el respaldo de la norma jurídica.

Como explica Schauer, uno de los caminos causales para lograr el cambio de conductas no estrictamente vinculado a la coerción, se da cuando la propia existencia de la ley refuerza las reacciones críticas de maneras que eran menos posibles o frecuentes antes de la promulgación (SCHAUER, 2015: 340). En este sentido, Lessig explica que los carteles de «prohibido fumar» en los lugares públicos habilitan a los no fumadores a hacer cumplir la norma, mientras que

si tales carteles no estuvieran esta situación se tornaría más difícil (LESSIG, 1995: 1032). Por otra parte, la formalización de la norma resuelve las posibles divergencias sobre la «existencia» de la norma informal.

En el ámbito de las normas sociales opresivas que se presentan en la forma de costumbres ancestrales, religiosas o muy arraigadas, el efecto positivo de las normas formales para erradicar o moderar esas costumbres también ha sido expuesto en estudios que dan cuenta de diversas situaciones contemporáneas en donde las reformas jurídicas consiguieron buenos resultados. De acuerdo con el estudio conducido por ALDASHEV *et al.* (2012: 183) el derecho ofrece a los ciudadanos más desaventajados una opción «de salida» que intensifica su poder de negociación dentro de la comunidad aun cuando no recurran necesariamente a los tribunales oficiales para hacer valer las normas jurídicas. De acuerdo con los autores de ese estudio, bajo ciertas condiciones el derecho o las normas jurídicas pueden actuar como un «ancla externa» o surtir un efecto «imán» atrayendo la costumbre en una dirección favorable para beneficiar a los grupos oprimidos o marginalizados.

Veamos de manera algo más sistemática las posibles relaciones de afectación de normas jurídicas a normas informales:

a) Norma jurídica que intenta fortalecer a norma informal incipiente o debilitada y que es considerada valiosa: en este caso la norma jurídica intentará reforzar a la norma informal. Por ejemplo, a partir de 1986 en que se difundieron los primeros estudios que daban cuenta de las consecuencias perniciosas para los «fumadores de segunda mano» o «fumadores pasivos», se desarrolló en Estados Unidos (no así en otras partes del mundo) una incipiente norma social que vedaba fumar en espacios públicos cerrados. Pero también esa norma social se enfrentaba con una gran resistencia por parte de los fumadores —amén de una gran movilización en su contra por parte de las compañías tabacaleras— por lo que las normas jurídicas que fueron gradualmente sancionando los estados tenían serios riesgos de fracaso. Diversas técnicas y estrategias legislativas adecuadas lograron que la prohibición de fumar en lugares cerrados fuese de una altísima eficacia (LESSIG, 1995: 1025 y ss.).

En general se considera que cuando la norma informal lesiona a terceros de manera directa y pública es más fácil de conseguir resultados efectivos a través de normas jurídicas que intenten modificar esa conducta o fortalecer una norma informal débil o incipiente (KINZIG *et al.*, 2013: 167). Por esta razón, tal vez, también las normas que prohíben fumar en lugares públicos cerrados también han sido eficaces en Europa y América Latina en donde no es tan claro que preexistiera una norma informal que atribuyera un significado social disvalioso al fumar en esos espacios (respecto de Europa, véase LESSIG, 1995: 1030 y, en particular respecto de Gran Bretaña, véase KINZIG *et al.*, 2013: 170).

Algo similar ocurre, aunque en sentido inverso, con el caso ya tratado del nudismo en Barcelona: la norma social comenzó a mostrar signos de debilita-

miento por una serie de conductas contrarias a ella (no por ser incipiente como en el caso anterior, todo lo contrario, el «llevar ropa en espacios públicos» es una norma social muy arraigada en la civilización occidental). En este caso la norma jurídica actuó como refuerzo de la norma social considerada valiosa y que presentaba, en ese momento, algún signo de debilidad.

b) *Norma jurídica que intenta neutralizar a norma informal considerada disvaliosa*: aquí la norma jurídica intentará neutralizar a la norma informal o volverla ineficaz. Retomo los ejemplos dados a lo largo de este libro: en muchos países del mundo se sancionaron leyes de cuotas o cupos de género para las elecciones legislativas principalmente y en algunos casos también para las elecciones internas de los partidos políticos. Estas leyes tienen como uno de sus propósitos revertir un extenso historial de discriminación a la participación en política de las mujeres. Hasta el momento los resultados de estas normas jurídicas han sido muy disímiles, pero no completamente desesperanzadores. Las normas de cuotas funcionan de manera óptima como herramienta para aumentar el número de mujeres en elecciones parlamentarias si se dan conjuntamente las siguientes circunstancias: la aplicación por el Estado (*enforcement*) es adecuado (WAYLEN, 2014: 220; JONES, ALLES y TCHINTIAN, 2012), las normas sobre cuotas están bien diseñadas (no son laxas), se trata de una elección cerrada y el partido gana más de un escaño (JONES, ALLES Y TCHINTIAN, 2012).

Evidentemente este es el ámbito que mayor dificultad impone a los legisladores y los fracasos legislativos en estos casos son los más resonantes: desde las dificultades para neutralizar o moderar la corrupción, los insuficientes resultados en la efectividad de las normas sobre igualdad de género, los persistentes problemas de discriminación a pesar del conjunto robusto de leyes que prohíben esta conducta, las dificultades para regular jurídicamente la financiación de las campañas políticas, y una larga lista de etcéteras.

c) *Norma jurídica que modifica a una norma informal de manera no deliberada (efecto)*: el último caso que parece interesante plantear es el de normas jurídicas que afectan a normas informales (socialmente valiosas o disvaliosas) pero que no han sido deliberadamente sancionadas con ese objetivo. Se trataría de un *efecto* que produce la norma formal (en los términos descritos en el punto 7.2). En este sentido, por ejemplo, durante ambas guerras mundiales se modificaron diversas normas jurídicas que regulaban el trabajo de las mujeres otorgando a estas mayores oportunidades y responsabilidades. No se trató de reformas laborales orientadas a mejorar la igualdad de género ni impulsadas por demandas feministas sino de reformas laborales requeridas para suplir la mano de obra de los hombres que estaban en las guerras (WAYLEN, 2014: 218). Sin embargo, al finalizar ambas guerras se produjeron mejoras considerables en la igualdad de género, probablemente originadas (aunque no deliberadamente buscadas) en el cambio de las leyes laborales.

CAPÍTULO 10

A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN: EL LABERINTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Queda mucho por hacer en el ámbito del estudio y la discusión sobre eficacia normativa, su vinculación con la efectividad, y, si se quiere, también con las políticas públicas. El camino que queda por recorrer sería, a mi entender, más fecundo si los estudios se realizaran con el rigor que exige el análisis jurídico, pero a la vez cruzando las fronteras disciplinares, tanto dentro del derecho como más allá de lo jurídico, promoviendo un genuino enfoque interdisciplinario que incorpore herramientas y perspectivas de la sociología, la ciencia política, la economía institucional, la psicología social y las ciencias cognitivas. Solo una mirada que se atreva a integrar estas diversas capas puede ofrecer una comprensión más completa y crítica del papel de las normas jurídicas y su eficacia en la sociedad contemporánea.

Como se dijo al inicio de este libro, desde la teoría jurídica, la eficacia fue abordada para encontrar vinculaciones conceptuales con la validez o la existencia de las normas o con la vigencia (COMANDUCCI, 2022: 221) y a renglón seguido indicar que su estudio en profundidad era objeto de la sociología jurídica (HIERRO, 2010: 22). Parece ser hora de abandonar esos compartimentos estancos para intentar que la eficacia —cuya importancia crucial para la vida social parece innegable— tenga el lugar que merece en cultura jurídica contemporánea, en la elaboración de políticas públicas y en la actividad legislativa. Algo similar ocurre con la efectividad de las normas y la posibilidad de conectar eficacia y efectividad con el ámbito de las políticas públicas. Por otra parte, la preocupación por la ineficacia, entiendo y he sostenido en este libro, no puede desvincularse de un estudio serio de la tensión que pueden encontrar en ocasiones las normas jurídicas con las normas informales.

De acuerdo con lo que se ha expuesto principalmente en los dos últimos capítulos pareciera que las normas jurídicas se encuentran a menudo en una encrucijada o laberinto de difícil solución, ya que, por un lado, su eficacia (que en condiciones de normalidad y buen diseño conducirá a su efectividad) es requisito para superar normas informales consideradas disvaliosas. Pero su eficacia puede estar justamente obstaculizada por la norma informal que pretenden superar. La interacción se presenta también en otro sentido, pues pareciera que las normas jurídicas brindan un marco genérico que permite el desarrollo de ciertas normas sociales o normas internas comunitarias y no de otras, pero otra vez, ese marco o molde genérico dependerá de la eficacia de esas normas jurídicas, que, a su vez estará limitado por su capacidad para neutralizar a las normas informales o sociales disvaliosas o aprovechar la sinergia de las normas informales valiosas o funcionales. En definitiva, pareciera que se genera en ocasiones un círculo vicioso (cuando entendemos a las normas informales como disvaliosas y disfuncionales) o un círculo virtuoso (cuando las normas informales son consideradas valiosas).

Tal como lo han expresado diversos autores y parece bastante obvio es mucho más fácil para una norma jurídica ser eficaz cuando existe una norma informal (sea incipiente, arraigada o debilitada) que es complementaria de ésta. Así se ha dicho que «[...] como los *surfers* los legisladores [...] que quieran cambiar normas sociales que rigen la vida cotidiana deben esperar signos de una ola cultural que los soporte y cogerla justo en el momento indicado» (KAGAN y SKOLNICK, 1993: 85) o que «(E)n la mayor parte de los casos las leyes solo funcionan como suplementos (no como reemplazos) de la aplicación informal de la norma» (AXELROD, 1986: 1106).

El hecho de que una norma jurídica que cuenta con el respaldo de una norma informal tenga más probabilidades de ser eficaz es a esta altura casi evidente, pero ¿es posible reemplazar o hacer «desaparecer» normas informales disvaliosas mediante normas jurídicas cuando no hay soporte ni «olas culturales» que den signos de apoyo?, en definitiva ¿tiene el derecho una capacidad constitutiva de tal magnitud como la que han señalado algunos autores? (CHANG y EVANS, 2007; SEN, 2006). Desde hace tiempo atrás asumo un moderado, condicionado y razonado optimismo sobre la posibilidad del derecho de salir de este tipo de laberintos. Este optimismo es *moderado* porque no me permite afirmar que el derecho o los cambios institucionales formales sean capaces de resolver todas las situaciones que puedan ser consideradas disvaliosas o injustas originadas en normas informales, pero sí muchas de ellas. A su vez, es *condicional* porque exige que estas modificaciones o cambios institucionales se realicen bajo unas condiciones que requieren la mejora técnica y científica de los modelos de producción legislativa (véase FERNÁNDEZ BLANCO, 2021b y 2020), se apunten los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas y se realicen análisis de impacto y evaluación de las normas jurídicas. Finalmente es *razonado* porque no es un acto de fe o confianza, sino

que he dado razones que respaldan esta visión moderadamente positiva sobre las oportunidades del derecho de ser agente del cambio institucional.

Schauer, desde otra perspectiva, también comparte esta visión medianamente optimista sobre el derecho:

[...] el efecto del derecho sobre las actitudes puede estar en función de la bien fundada conclusión, en el campo de la psicología, de que las preferencias de la gente a menudo cambian como consecuencia de las elecciones forzadas. En la medida en que el derecho (o algo más) compele a las personas a adoptar comportamientos inconsistentes con sus preferencias previas, hay algunos mecanismos, de entre los que destaca el deseo de reducir la disonancia cognitiva, que bien pueden llevar a las personas a adaptar sus preferencias a lo exigido por el derecho [...] la coerción jurídica podría producir cambios en las preferencias justo de este modo, haciendo que la coerción subsiguiente, al menos para aquellos cuyas actitudes se han visto así modificadas, sea un tanto menos necesaria (SCHAUER, 2015: 342).

Adicionalmente creo importante mencionar que hay un conjunto de factores que la mayor parte de los autores no toman en consideración y que estimo resulta de gran influencia para el cambio institucional: los avances científicos y tecnológicos. En general los trabajos sobre el tema ponen el acento en factores normativos (formales e informales) o en factores no normativos tales como la cultura, las tradiciones, las costumbres, los hábitos y hasta las religiones, pero omiten considerar que uno de los grandes motores para el cambio institucional son los avances científicos y tecnológicos. Los avances científicos suelen generar demandas legislativas y modificar las visiones del mundo que tienen los sujetos normativos. Por otra parte, la sanción o reforma de las leyes en respuesta a la demanda generada por estos avances científicos es también un vehículo de transformación de valores y visiones del mundo. Por ejemplo: la demanda de formalización de la prohibición de fumar en lugares cerrados se originó en Estados Unidos y luego se esparció por el mundo a raíz de un informe del *General Surgeon of the United States* que advertía sobre el riesgo de los fumadores pasivos; los beneficios del uso del cinturón de seguridad se advirtieron tras los avances tecnológicos que permitían a los automotores circular a mayor velocidad aumentaba la mortalidad pero, como contrapartida, estudios científicos determinaron que el uso de cinturones reducía hasta en un 50 por 100 la mortalidad y se terminó imponiendo su obligatoriedad; previamente a 1960 el derecho ambiental no existía ni a nivel doméstico ni internacional: fueron las nociones científicas posteriores a la Segunda Guerra Mundial las que dieron cuenta de que la biósfera era un sistema frágil y vulnerable a los daños inducidos por los seres humanos y los que dispararon la idea de que la regulación y el derecho podrían hacer algo al respecto (TARLOCK, 2002).

Ninguna de las normas mencionadas en los ejemplos anteriores tenía anclaje en la matriz institucional o en factores no- institucionales previos de los

países (no había normas informales ni «olas culturales»), ni parece la historia haber jugado un papel demasiado determinante en las opciones que los legisladores tenían a su disposición¹. Los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos son hoy por hoy tal vez los más fuertes motores del cambio institucional.

Por el momento y para finalizar volveré un momento sobre las normas sobre cuotas de género en las elecciones. Las conclusiones del estudio de JONES, ALLES Y TCHINTIAN (2012) permiten insistir en la importancia del buen diseño de las normas jurídicas y del control de las consecuencias de su aplicación mediante estudios de impacto. Estas dos opciones, sobre las que no me ocupé en este trabajo², si bien no resuelven todos los problemas, proveen una mejor perspectiva de eficacia y efectividad, y permiten advertir el surgimiento de otras normas informales que podrían conspirar contra sus propósitos o, por el contrario, mejorar sus oportunidades de eficacia-efectividad. En definitiva, como propuso el escritor y poeta Leopoldo MARECHAL, pareciera que de *este laberinto se sale por arriba*, es decir, buscando soluciones creativas, inteligentes y que puedan ser sometidas a un escrutinio intersubjetivo.

¹ En otros trabajos he discutido y restado importancia a la influencia del camino recorrido o de la historia (*path dependence*) en la explicación de la posibilidad de cambio institucional (véase FERNÁNDEZ BLANCO, 2018 y 2024).

² Sí lo he hecho en FERNÁNDEZ BLANCO, 2019, 2021, 2023, 2024b.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, Daron y James ROBINSON, 2000: «Why did the West Extend the Franchise? Democracy, Inequality and Growth in Historical Perspective». *Quarterly Journal of Economics*, nº 115 (2000): 1167-1199.
- 2006: *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*. New York: Cambridge University Press.
- 2012: *Why Nations Fail?*, Nueva York: Profile Books.
- ACEMOGLU, Daron, 2003: «Raíz histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico». *Finanzas y Desarrollo*, Junio 2003.
- ADLER, Matthew, 2000: «Expressive Theories of Law: Skeptical Overview». *University of Pennsylvania Law Review*. 148 (5), 1363-1502.
- AGRAWAL, Deepika, Arun AGGARWAL, K. y Sonu GOEL (2015): «Women exposed to second-hand smoke more at home than at workplace: An analysis of GATS Report, India, 2009-10». *Journal of family medicine and primary care*, 4(3), 293-297. <https://doi.org/10.4103/2249-4863.161300>
- ALCHOURRON, Carlos, y Eugenio BULYGIN, 1997: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara.
- ALDASHEV, Gani, IMANE CHAARA, Jean-Philippe Platteau, y Zaki WAHHAJ, 2012: «Using the Law to Change the Custom». *Journal of Development Economics*, 2012: 182-200.
- ALVAREZ MEDINA, Silvina, 2023: «La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47) 2023: 349-380.
- ATIENZA, Manuel, 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- 2013: *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- 2019: *Argumentación legislativa*. Buenos Aires: Astrea.
- ÁVILA, Humberto, 2015: «Indicadores de Seguridad Jurídica». En *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, de CRUZ MORATONES, C., FERNÁNDEZ BLANCO, C. y FERRER BELTRÁN, J. Madrid: Marcial Pons.
- AXELROD, Robert, 1986: «An Evolutionary Approach to Norms». *The American Political Science Review* 80, núm. 4 (1986): 1095-1111 .

- BARBERIS, Mauro, 1990: «Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano: Giuffrè Editore.
- BANERJEE, Abhijit, Dean KARLAN, y Jonathan ZINMAN, 2015: «Six Randomized Evaluations of Microcredits: Introduction and Further Steps». *American Economic Journal: Applied Economics* 7, núm. 1 (2015): 1-21.
- BARAONA, Jorge, 2008: «La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual)», en VARGAS PINTO, Tatiana (ed.), *La relación de causalidad*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- BARNES, Jeffrey, 2006: «The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum». *Statute Law Review* 27, núm. 2 (2006): 83-132.
- BAYON, Juan Carlos, 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BERKOWITZ, Daniel, Katharina PISTOR y Jean-François RICHARD, 2003: «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect». *European Economic Review* 47 (2003): 165-195.
- BICCHIERI, Cristina, 2006: *The Grammar of Society, The Nature of Dynamics of Social Norms*. New York: Cambridge University Press.
- 2017: *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*. New York: Oxford University Press.
- BICCHIERI, Cristina y Ryan MULDOON, 2011: «Social Norms», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de Edward N. Zalta (ed.). Stanford.
- BICCHIERI, Cristina, Ryan MULDOON y Alessandro SONTUOSO, 2018: «Social Norms», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/social-norms/>.
- BICCHIERI, Cristina y Luca GARZINO DEMO, 2024: *Norm strength and norm stability, Current Opinion in Psychology*, <https://doi.org/10.1016/j.copsyc.2024.101957>.
- BOBADILLA, Jaime, DALMAUA, Regina y GALVEB, Enrique, 2014: «Impacto de la legislación que prohíbe fumar en lugares públicos en la reducción de la incidencia de síndrome coronario agudo en España», en *Revista Española de cardiología*, Vol. 67, Núm. 5: 349-352.
- BRINKS, Daniel, LEVITSKY, Steven y MURILLO, María Victoria, 2019: *Understanding Institutional Weakness*. NEW YORK: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS.
- BROOKS, Rosa, 2003: «The New Imperialism: Violence, Norms, and the "Rule of Law"». *Michigan Law Review* 101, núm. 7 (2003): 2275-2340.
- BULYGIN, Eugenio, 1991: «Teoría y Técnica de Legislación», en *Análisis lógico y derecho*, de Eugenio BULYGIN y Carlos ALCHOURRON. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, Eugenio y Daniel MENDONCA, 2005: *Normas y sistemas normativos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- CAO, Lan, 2007: «Culture Change». *Virginia Journal of International Law* 357.
- CARACCILO, Ricardo, 1997: «Existencia de Normas». *Isonomía*, núm. 7: 159-178.
- CARRUTHERS, Bruce, 2012: *Institutional Dynamics: When "change" is real change?* Working Paper, (IL): Northwestern University.
- CELANO, Bruno, 2016: «Preconvenciones: un segmento del trasfondo» en *Convencionalismo y Derecho*, de RAMÍREZ, L. y VILAJOSANA, J. Madrid: Marcial Pons, 25-49.
- CHANG, Ha-Joon y Peter EVANS, 2007: «El papel de las instituciones en el cambio

- económico», en *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, de Peter EVANS. Bogotá: ILSA.
- COLEMAN, James, 1990: *Foundations of Social Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- COMANDUCCI, Paolo, 2022: «Sobre vigencia de normas, a partir de Bulygin», en *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Volumen II, de RÁBANOS, Julieta; RATTI, Giovanni y REDONDO, Cristina (eds.). Marcial Pons: Madrid, 211-228.
- COMMISSION ON THE LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, 2006: *Making the Law Work for Everyone*. Vol. I, United Nations Development Program, New York: UNDP.
- 2008: *Making the Law Work for Everyone*. Vol. II, United Nations Development Program, New York: UNDP.
- CONSEJO DE MINISTROS DE ESPAÑA, 2005: «Directrices de Técnica Normativa». BOE del 29 de julio de 2005.
- DAVIS, Kevin E. y Michael J. TREBILCOCK, 2008: «The Relationship Between Law and Development: Optimists versus Skeptics». *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 4: 4-60.
- DE SOTO, Hernando, 2000: *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books.
- DHALIWAL, Iqbal, Ester DUFLO, Rachel GLENNERSTER y Caitlin TULLOCH, 2011: *Comparative cost-effectiveness to inform policy in developing countries*. Prod. MIT Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab. Cambridge, Massachussets, 10 de agosto de 2011.
- DURKHEIM, Émile, 1950: *The Rules of Sociological Method*. Glencoe, Illinois: The Free Press.
- DWORKIN, Ronald, 1986: *A Matter of Principles*. Oxford: Clarendon Press.
- 2012: *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- ELSTER, Jon, 1989: «Social Norms and Economic Theory». *Journal of Economic Perspectives* 3, núm. 4 (Otoño 1989): 99-117.
- EPSTEIN, Brian, 2015: *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. New York, NY: Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y María Victoria KRISTAN, 2025: «Mind the Gap. The Power of Social Norms in Gender inequality in Europe: When Law Is Not Enough», *European Law Journal*, 2025 31: 6-21.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, 2018: Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina. 2018. Tesis Doctoral, Universitat de Girona. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/482041>
- 2018: «El Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica como herramientas en la lucha contra la Pobreza en América Latina», en FERNÁNDEZ BLANCO y FERRER BELTRÁN, *Seguridad Jurídica, Pobreza y Corrupción*, Madrid: Marcial Pons, 2018.
- 2019: «Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas», en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 42, 2019: 259-282.
- 2020: «Current approaches to the Rule of Law are not Enough for Latin America», en *Analisi e Diritto* 2/2019, febrero de 2020: 129-157.
- 2021b: «Instituciones formales e informales: un análisis jurídico-institucional apli-

- cado a los programas sociales y las cuotas de género en América Latina», en *Isonomía* 55, diciembre de 2021b: 1-26.
- 2022: «Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas», en *Diritto & Questioni Pubbliche* 2/2021, enero 2022: 7-30.
- 2022b: «La legislación primordialmente simbólica ¿irracional y engañosa?», en *Revista Catalana de Derecho Público*. Nro. 64, junio 2022b: 6-21.
- 2023: «Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (RTFD). Nro 26, diciembre de 2023: 47-75
- 2023b: «Eficacia y efectividad de las leyes y el nivel de racionalidad material», en *Diritto & Questioni Pubbliche*, 1/2023, julio de 2023b: 75-95.
- 2024: «Una relectura de ‘Un país al margen de la ley’ desde el aporte del institucionalismo», en *Doxa Cuadernos de Filosofía del derecho* Núm. 48, 2024: 605-627.
- 2024: «Una propuesta de deliberación posible en el ámbito parlamentario», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (RTFD), N°. 27, enero de 2024: 53-85.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2000: *Normas de Competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- 2003: «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales.» *Jueces para la Democracia. Información y Debate*: 27-34.
- 2008: *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- FIELD, Erica, 2005: «Property Rights and Investment in Urban Slums». Editado por MIT. *Journal of the European Economic Association* 3, núm. 2-3 (Abril-Mayo 2005): 279-290.
- FRIEDMAN, Lawrence, M., 1975: *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.
- 2016: *Impact. How Law Affects Behavior*. Massachusetts: Harvard University Press.
- GALIANI, Sebastián, y Ernesto SCHARGRODSKY, 2010: «Property rights for the poor: Effects of land titling». *Journal of Public Economics*, núm. 94 (2010): 700-729.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, 1993: *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.
- 2009: *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 1988: ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 1988: 55-173.
- GILES, Alejo Joaquín, 2023: «De medios “adecuados” a fines anhelados. Sobre la justificación instrumental en los casos de discriminación. En *Revus*, 2023 50: 21-57.
- GRUENBERG, Christian, 2006: «Transformative Participation or Voice Without Influence», en *Fighting Clientelism: Transparency and participation in targeted social programs*, de Fernando Carrillo y Christian Gruenberg. Buenos Aires: CIPPEC- BID.
- GRUENBERG, Christian, y Victoria PEREYRA IRAOLA, 2009: *El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza*. Documento de Políticas Públicas Nro. 60, CIPPEC, Buenos Aires: CIPPEC, Enero 2009.
- GUALA, Francesco, 2016: *Understanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together*. Princeton University Press.
- GUASTINI, Riccardo, 1992: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli.
- 2002: «Implementing the Rule of Law.» Editado por P. COMANDUCCI y R. GUASTINI. *Analisi e diritto* 2001 (Giappichelli): 95-103.

- 2003: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Ciudad de México: Porrúa.
- 2016: *La sintáxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- HARRISON, Lawrence y HUNTINGTON, Samuel (eds.), 2000: *Culture Matters*. New York: Basic Books.
- HART, Herbert L. A., (1961) 1998: *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot,
- 1994: *The Concept of Law*. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press.—. 2000: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*. Editado por BULLOCH, P. y RAZ, J., Traducido por TAMAYO y SALMORÁN, R. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- HAAS, Linda y Philip HGWAN, 2018: «Policy is not enough—the influence of the gendered workplace on fathers’ use of parental leave in Sweden». *Community, Work & Family*, 22(1), 58-76.
- HELMKE, Gretchen, y Steven LEVITSKY, 2004: «Informal Institutions and comparative politics: a research agenda». *Perspectives on Politics* (American Political Science Association) 2, núm. 4: 725-740.
- 2006: *Informal Institutions and Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- HIERRO, Liborio, 1996: «El imperio de la ley y la crisis de la ley.» *DOXA*, núm. 19 (1996): 287-308
- 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel Derecho.
- HOBBSBAWM, Eric y Terence RINGER (eds), 1983: *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JEAMMAUD, Antoine, 1984: «En torno al Problema de la Efectividad del Derecho». *Crítica Jurídica*, núm. 1.
- JONES, Mark, Santiago ALLES, y Carolina TCHINTIAN, 2012: «Cuotas de género, leyes electorales y elección de legisladoras en américa latina». *Revista de Ciencia Política* (Pontificia Universidad Católica de Chile) 32 (2012): 331-357.
- KAGAN, Robert, y Jerome Skolnick, 1993: «Banning Smoking: Compliance Without Enforcement», en *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*, de Robert Rabin y Stephen (eds.) Sugarman, 69-92. Oxford: Oxford.
- KELSEN, Hans, 1963: *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Moisés Nilve. Buenos Aires: EUDEBA.
- 1979: *Teoría Pura del Derecho*. Segunda Edición. Traducido por Roberto VERNENGO. México DF: UNAM.
- 1982: *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto VERNENGO. México: UNAM.
- 2005: *Pure Theory of Law*. Second Edition. New Jersey: The Law Book Exchange.
- KELSEN, Hans, Eugenio BULYGIN, y Robert WALTER, 2005: *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- KINZIG, Ann *et al.*, 2013: «Social Norms and Global Environmental Challenges: The Complex Interaction of Behaviours, Values and Policies». 63, núm. 3 (2013): 164-175.
- KOSLOWSKI, Alison; Sonja BLUM, y Peter MOSS (eds.), 2016: *12th international review of leave policies and related research 2016*. Vienna: International Network on Leave Policies and Related Research.
- LESSIG, Lawrence, 1995: «The Regulation of Social Meaning». *The University of Chicago Law Review* 3, núm. 62 (1995): 943-1045.

- LEWIS, David, 1969: *Convention. A Philosophical Study*. Oxford: Blackwell.
- LIST, Christian y Philippe, PETTIT, 2011: *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford University Press.
- LOJO, Alba, 2023: «The Semantic Conception of Efficacy and Constitutive Rules: Mapping A Tough Relationship», en *Phenomenology and Mind*, núm. 24: 216-225.
- MALEMO SEÑA, Jorge, 1988: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel.
- MAHONEY, James y Kathleen THELEN, 2010: *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency and Power*. Cambridge : Cambridge University Press.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, 2010: *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- MERTON, Robert, 1968: *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press.
- 1992: *Teoría y Estructuras Sociales*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- MOORE, Sally, 1973: «Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», (1973) 7(4) *Law and Society Review*.
- MORESO, José Juan, 2016: «SCHAUER on Coersion, Acceptance and Schizophrenia». *Ratio Juris*: 215-222.
- MORESO, José Juan y Josep María VILAJOSANA, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, 2015: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Tomo III), Boletín Oficial del Estado.
- NAVARRO, Pablo, 1987: «Eficacia, tiempo y cumplimiento». *Doxa* núm. 4: 257-266.
- 1990: *La eficacia del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2017: *Dinámica y eficacia del derecho. Un análisis conceptual de la obediencia y aplicación del derecho*. Ciudad de México: Fontamara.
- NAVARRO, Pablo, y José Juan MORESO, 1996: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas». *Isonomía*, 5: 119-139.
- NINO, Carlos, (1980) 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª. ed. Buenos Aires: Astrea.
- 1985: *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- 2005: *Un país al margen de la ley, estudio de la anomia como componente del sub-desarrollo argentino*, 4ta. edición. Barcelona: Ariel.
- NORTH, Douglass C., John Joseph WALLIS, Steven WEBB y Barry WEINGAST, 2007: «Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development». Washington: Banco Mundial, Septiembre de 2007.
- NORTH, Douglass, John WALLIS, y Barry WEINGAST, 2009a: *Violence and Social Orders A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. New York: Cambridge University Press.
- 2009b: «Limited Access Orders: Rethinking the Problems of Development and Violence», *sin publicar*. 25 de abril de 2009.
- NORTH, Douglass, 1991: «Institutions». *The Journal of Economic Perspectives* 5, núm 1 (1991): 97-112.
- 1992: «Institutions, Ideology, and Economic Performance». *Cato Journal* 11 (1992): 477-87.

- 1995: «Comprender el cambio económico.» *La Ilustración Liberal*.
- 1990: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- 1995: «The New Institutional Economics and Third World Development», en *The New Institutional Economic and Third World Development*, de John Harris y Janet y Lewis, Colin (eds). Hunter. Londres: Routledge.
- 1997: *Some Fundamental Puzzles in Economic History/Development*. Vol. II, de *The Economy as an Evolving Complex System*, de Brian Arthur, Steven Durlauf y Lane David. Addison-Wesley.
- 2005: *Understanding the Process of economic change*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LAS DROGAS Y EL ALCOHOL (OEDA), ALCOHOL, TABACO Y DROGAS ILEGALES EN ESPAÑA, 2021: Madrid: Ministerio de Sanidad.
- O'DONNELL, Guillermo, 2002: «Las Poliarquias y la (in)efectividad de la ley en América Latina», en *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, de Juan MENDEZ, Guillermo O'DONNELL y Sergio Paulo PINHEIRO. Buenos Aires: Paidós.
- OLIVER-LALANA, Daniel, 2008: «Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31.
- 2019: «Deliberación legislativa y control judicial de las leyes», en Oliver-Lalana (ed.), *La Legislación en Serio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 397-465.
- (comp.), 2022: *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*. Madrid: Dykinson.
- ORFIELD, Gary, 2001: *Schools More Separate: Consequences of a Decade of Resegregation*. Cambridge, Massachussetts: The Civil Rights Project of Harvard University.
- OSTROM, Elinor, 2000: «Collective Action and Evolution of Social Norms». *The Journal of Economic Perspectives* 14, núm. 3.
- PAPAYANNIS, Diego, 2014: *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- PARSONS, Talcott, (1937) 1968: *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. New York, London: Free Press.
- PEJOVICH, Svetozar, 1999: «The effects of the interaction of Formal and Informal Institutions os Social Stability and Economic Development». *Journal of Markets and Development* 2, núm. 2: 164-181.
- PERAMATO MARTÍN, Teresa, 2022: «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, pp. 191-224.
- PÉREZ SÁNCHEZ, M., 2005: *El Estudio de las Políticas Públicas*, Universidad de Granada.
- PETERS, Guy, 1982: *American Public Policy*, Franklin Watts Publishers.
- PINO, Giorgio, 2013: «Norma giuridica», en *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, de G. PINO, A. Schiavello, V. Villa (editores). Torino: Giappichelli, 2013: 144-183.
- PISTOR, Katharina, Antara HALDAR, y Amirapu AMRIT, 2010: «Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law para-

- digm», en *Global Perspectives on the Rule of Law*, editado por J. HECKMAN, R. NELSON y L. CABATINGAN. Abingdon: Routledge, 241-278.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), 2008: Comisión para el empoderamiento legal de los pobres. *La Ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*. Informe, PNUD, New York: PNUD.
- POSTEMA, Gerald, 2008: «Conformity, Custom and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law», en *The Legacy of H.L.A. HART*, de Matthew KRAMER, Claire GRANT, Ben COLBURN y Antony HATZISTAVROU. Oxford-New York: Oxford University Press.
- 2012: «Conformidad, costumbre y congruencia: repensando la eficacia del Derecho», en *El legado de H.L.A. HART*, de Mathew KRAMER, Claire GRANT, Burn COLBURN y Antony HATZISTAVROU (comps), 79-104. Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHIS, Luis, 1998: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.
- RAWLS, John, 1971: *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph, 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- 1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: UNAM.
- REARDON, Sean, 2014: «60 Years After Brown: Trends and Consequences of School Segregation». *Annual Review of Sociology* 40: 199-218.
- ROSS, Alf, 1970: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- SANDOYA Edgardo, Ernesto SEBRIÉ, Eduardo BIANCO, Olga ARAÚJO, Amelia CORRREA, Osvaldo DAVYT, Laura ROBALLO y Hugo SENRA, 2010: «Impacto de la prohibición de fumar en espacios cerrados sobre los ingresos por infarto agudo de miocardio en Uruguay». *Rev Med Urug* 26: 206-215.
- SCHAUER, Frederick, 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge (Mass)-London: Harvard University Press.
- 2004: *Las reglas en juego*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- 2013: *Pensar como un abogado*, Madrid: Marcial Pons.
- 2015: *Fuerza de Ley*. Lima: Palestra.
- SEARLE, John, 1995: *The Construction of Social Reality*. Free Press.
- SEN, Amartya, 2000: *Desarrollo y Libertad*. Madrid: Planeta.
- 2006: «What is the role of Legal and Judicial Reform in the Development Process?», en *World Bank Law, Equity and Development*, 33-49. Washington: World Bank.
- 2009: *The Idea of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SHAPIRO, Scott, 2011: *Legality*. Cambridge, MS: The Belknap press of Harvard University Press.
- STRAHILEVITZ, Lior, 2000: «How Change in Property Regimes Influences Social Norms: Commodifying California's Carpool Lanes». *Indiana Law Review* 75, núm. 4: 1232-1296.
- SUBIRATS, J., KNOEPFEL, C. LARRUE, P. y VARONE, F., 2012: *Análisis y Gestión de las Políticas Públicas*. Madrid: Ariel.
- TAN, C. E. y GLANTZ, S. A., 2012: «Association between smoke-free legislation and hospitalizations for cardiac, cerebrovascular, and respiratory diseases: a meta-analysis». *Circulation* 126 (18): 2177-2183.
- THALER, Richard y Cass SUNSTEIN, 2009: *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin Books.

- TREBILCOCK, M. y MOTA PRADO, M., 2009: «Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reform» *University of Toronto Law Journal*, núm. 59: 341-379.
- TRUBEK, David, 2006: «The 'Rule of Law' in Development Assistance: Past, Present, and Future», en *The New Law and Economic Development, a Critical Appraisal*, de David TRUBEK y Álvaro SANTOS. New York: Cambridge University Press.
- 2014: «Law and Development: 40 Years after Scholars in Self Estrangement – A Preliminary Review». *Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1255*. Wisconsin: Wisconsin Law School, mayo de 2014.
- TRUBEK, David M. y Marc GALANTER, 1974: «Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States». *Wisconsin Law Review*: 1062.
- VALENTINI, Laura, 2023: *Morality and Socially Constructed Norms*. Oxford University Press.
- VAN AEKEN, Koen, 2011: «From vision to reality: ex post evaluation of legislation». *Legisprudence* 41, Vol. 5 (2), 42-68.
- VAN KLINK, Bart, 2016: «Symbolic Legislation: an Essentially Political Concept», en *Symbolic Legislation Theory and Developments in Bioloaw*, de Bart van Klink, Britta van Beers y Lonneke Poort, 19-35. Amsterdam: Springer.
- 2019: «Legislación comunicativa y autoridad ¿cómo dar cuenta del carácter vinculante del derecho?», en OLIVER-LALANA, D. (ed.), *La Legislación en Serio*. Madrid: Tirant lo Blanch, 171-222.
- VERNENGO, Roberto, 1983: «Sistemas Normativos dinámicos y la idea de libertad jurídica», en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, de Eugenio BULYGIN. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VON WRIGHT, Georg, 1970: *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- WALDRON, Jeremy, 2011: «The Rule of Law and the Importance of Procedure», en *Getting the Rule of Law*, de James Fleming. New York: New York University Press: 3-31.
- WAYLEN, Georgina, 2014: «Informal Institutions, Institutional Change and Gender Equality.» *Political Research Quarterly* 67, núm. 1: 212-223.
- WEBER, Max, (1904-5) 1991: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Tlahuapan, Puebla: Premia.
- WEINGAST, Barry, 2008-2009: «The Failure to Transplant Democracy, Markets, and the Rule of Law into the Developing World (Beloit) 1 ()», en *The Annual Proceedings of the Wealth and Well-Being of Nations*, de Emily Chamlee-Wright, 29-39. Beloit College.
- 2012: «Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law», en *Global Perspectives on the Rule of Law*, de James Heckman, Robert Nelson y Lee Cabatingan, 28-51. Londres- New York: Routledge.
- WILLIAMSON, Claudia, 2009: «Informal Institutions Rule: Institutional Arrangements and Economic Performance». *Public Choice*: 371-387.
- WINTGENS, Luc, 2012: *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Surrey (UK) - Burlington (USA): Ashgate.
- 2003: «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *Doxa*: 261-287.
- WIPFLI, H, AVILA-TANG, E., NAVAS-ACIEN, A. *et al.*, 2008: Secondhand smoke expo-

- sure among women and children: evidence from 31 countries. *Am J Public Health*. 98(4):672-679. doi:10.2105/AJPH.2007.126631
- WOOLEY, A.D., 1967: «The Existence of Rules». *Nous* 1, núm. 1: 63-79.
- WORLD ECONOMIC FORUM, 2024: Índice de Brecha Global de Género.
- XANTHAKI, Helen, 2008: «On Transferability of Legislative Solutions: The Functionality Test», en *Drafting Legislation*, de Constantin Stefanou y Helen Xantakhi, 1-18. Hampshire (UK)- Burlington (EEUU): Ashgate.
- 2019: «Malentendidos sobre la calidad de la legislación: un enfoque fronético del drafting legislativo», en OLIVER-LALANA, D. (ed.) *La Legislación en Serio*. Madrid: Tirant lo Blanch, 63-118.
- YOUNG LIVES & NATIONAL COMMISSION FOR PROTECTION OF CHILD RIGHTS, 2017: «Un análisis estadístico del matrimonio infantil en la India basado en el censo de 2011».
- YOUNG, Peyton, 2008: «Social Norms», en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, de Steven Durlauf y Lawrence Blume. New York: Macmillan.
- ZAPFL-HELBLING, Rosmarie (*Rapporteur*) Council of Europe Parliamentary Assembly, , 2005: «Forced marriages and child marriages, Report of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men», Doc. 10590, 20 June 2005. Disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10969>. Visitado 10 de diciembre de 2024.



Eficacia, efectividad y entramado normativo

La ineficacia normativa genera consecuencias graves en la vida cotidiana: obstaculiza el funcionamiento estatal, eleva costos de transacción, impide el goce de derechos y frustra políticas públicas. A pesar de su importancia, el estudio de la eficacia ha ocupado un lugar secundario en la reflexión jurídica.

Esta obra parte de las construcciones conceptuales de la teoría jurídica para ofrecer explicaciones más precisas sobre la ineficacia, vinculadas principalmente con tensiones y competencias entre distintos subconjuntos normativos, especialmente las normas sociales y otras categorías de normas informales. Resulta crucial comprender que las normas sociales no siempre son funcionales al sistema jurídico; en numerosas ocasiones, el fracaso de una norma jurídica se debe precisamente a la tensión que se establece entre ambos tipos de normas.

El ámbito de las políticas públicas resulta especialmente revelador para estudiar conjuntamente la eficacia (adecuación entre normas y conductas), la efectividad (logro de resultados sociales esperados) y la interacción entre normas jurídicas y normas sociales. Comprender cómo las normas informales pueden reforzar o competir con las normas jurídicas resulta fundamental para explicar el éxito o fracaso de las políticas públicas.

El trabajo presenta cuatro versiones de eficacia: como realización, como aplicación, en reglas antidirectivas y como factibilidad, analizando su vinculación con la efectividad, las políticas públicas y las normas sociales, desde una perspectiva que combina teoría jurídica, enfoques institucionalistas y aportes de la teoría legislativa.

Esta obra está dirigida a teóricos del derecho dispuestos a explorar fronteras disciplinarias, hacedores e implementadores de políticas públicas, especialistas en análisis institucional y sociólogos del derecho, así como a cualquier persona preocupada por la eficacia y efectividad de las normas y las políticas públicas.

Carolina Fernández Blanco

Abogada por la Universidad de Buenos Aires y doctora en Derecho por la Universitat de Girona (UdG), donde actualmente es profesora e investigadora. Tiene un máster (LL.M.) en Columbia University School of Law (Nueva York), formación que consolidó su interés por el análisis comparado de los procesos de creación normativa y la calidad legislativa. Investigadora en el grupo de filosofía del derecho (UdG), se ha orientado en los últimos años al estudio y enseñanza de teoría de la legislación, a la eficacia y efectividad normativas, las normas sociales y a la filosofía del derecho privado. Es miembro de la Cátedra de Cultura Jurídica (UdG), desde donde impulsa actividades académicas centradas en el estudio de la elaboración normativa, la evaluación de leyes, el fortalecimiento del Estado de derecho y la seguridad jurídica. Ha sido invitada como docente y conferencista en universidades de Europa y América Latina. Fuera del ámbito académico es fundadora de «Proyecto Disonante» y ha participado en proyectos internacionales sobre evidencia y decisión pública. Su trabajo contribuye a consolidar una agenda de investigación robusta sobre legislación y eficacia normativa en Europa y América Latina.