

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 descriptos 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.