

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.

