

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.