

UNA MIRADA JURÍDICA SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO



Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas

A Legal Overview of the Effectiveness of Public Policies

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

Investigadora postdoctoral. Universidad de Girona.

E-mail: carolina.fernandez@udg.edu

ABSTRACT

En este trabajo se presenta una relación entre la eficacia de las normas jurídicas y la efectividad de las políticas públicas. Los estudios sobre políticas públicas han omitido la importante vinculación entre los resultados de las políticas públicas y la eficacia de las normas jurídicas que las componen e implementan. Se sostiene en este artículo que ello es un desacierto, pues la eficacia de las normas jurídicas es, en buena medida, condicionante de la efectividad de las políticas públicas. Se propone entonces un análisis de la eficacia en diferentes gradaciones y se realiza una vinculación entre eficacia y efectividad, analizándose cuatro supuestos de relación entre estos dos fenómenos. Finalmente, se analiza la vinculación entre el "uso" de una de las opciones conferidas a los habitantes y el éxito de la política pública cuando la norma que implementa la política pública no es prescriptiva sino una regla que confiere derechos, potestades, facultades (que se denominan conjuntamente como antidirectivas).

This paper presents a relationship between the efficacy of legal norms and the effectiveness of public policies. Studies on public policies have omitted the important link between the results of public policies and the efficacy of the legal norms that compose and implement them. This article argues that this is an oversight, since the efficacy of legal norms is, to a large extent, a determining factor in the effectiveness of public policies. An analysis of the efficacy in different degrees is then proposed and a link between efficacy and effectiveness is made, analyzing four possible cases of the relationship between these two phenomena. Finally, the article analyzes the link between the "use" of one of the options conferred to the inhabitants and the success of the public policy when the norm that implements the public policy is not prescriptive but a rule that confers rights, powers, faculties (which are jointly referred to as anti-directives).

KEYWORDS

políticas públicas, eficacia, efectividad, normas jurídicas

Public Policy, Efficacy, Effectiveness, Legal Norms

Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

1. *Introducción* – 2. *¿Qué es una política pública?* – 2.1. *El análisis de las políticas públicas y la omisión de considerar la eficacia de las normas jurídicas* – 3. *La eficacia de las normas y la efectividad de las políticas públicas* – 4. *Las políticas públicas como conglomerados complejos de normas* – 5. *Relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas* – 5.1. *Normas que implementan políticas públicas y son altamente eficaces y efectivas* – 5.2. *Normas altamente eficaces, pero no efectivas* – 5.3. *Normas no eficaces, pero efectivas (efectividad impropia)* – 5.4. *Normas con baja o nula eficacia y políticas públicas no efectivas* – 6. *Los beneficiarios de las políticas públicas: las antidirectivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas* – 7. *Palabras finales.*

1. *Introducción*

Entre los muchos mundos con los que los juristas hemos tenido dificultades para dialogar es posible identificar el ámbito del diseño, análisis y evaluación de las políticas públicas. Si bien la interacción con la ciencia política en su versión más teórica es habitual, la faceta más práctica de esta última disciplina –el análisis de las políticas públicas– ha estado prácticamente ausente del mundo del derecho¹. La relación más estrecha en este sentido parece ser la que se ha construido entre el estudio de las políticas públicas y el derecho administrativo –y el llamado derecho administrativo regulatorio– respecto de los procesos de elaboración e implementación de las políticas públicas. Sin embargo, esa relación, si bien necesaria, es notablemente incompleta.

Esta situación de aislamiento del derecho no es novedosa y es señalada desde hace muchos años por diversos autores. Afortunadamente esta tendencia tiende a revertirse y cada vez es más frecuente encontrar estudios que combinan el análisis de cuestiones jurídicas con conocimientos provenientes de las ciencias exactas, de la economía o de otras ciencias sociales. Sin embargo, pareciera que, en ciertos ámbitos, todavía el discurso jurídico y su lenguaje, a veces hermético, surtiera un efecto intimidante para las demás ciencias sociales². El ámbito de las políticas públicas parece quedar todavía en ese espacio de indiferencia mutua con el derecho y la teoría jurídica.

Por otra parte, la noción y el estudio de las políticas públicas, al menos tal como se las entenderá en este trabajo, no son demasiado antiguos. Los Estados liberales en sus inicios se dedicaron a fijar condiciones que facilitarían la solución de los problemas por parte de los actores privados interactuando libremente³. La actividad pública se limitaba así a la producción de leyes especialmente de derecho privado y al establecimiento de normas relativas al llamado poder de policía del Estado. Como explican Subirats y sus coautores, es recién a partir de la década de 1930 y

* Agradezco los comentarios a versiones previas de este trabajo recibidas en el marco del XXIV Congreso Ítalo-Franco-Luso-Español de Filosofía del Derecho. También las observaciones que me fueron realizadas por Lucila Fernández Alle, Victoria Kristan, Alexander Vargas y los revisores anónimos.

¹ Diversas universidades norteamericanas, tales como Stanford University o UCLA, ofrecen programas interdisciplinarios en derecho y políticas públicas (*Law and Public Policy*); sin embargo, la orientación que se impone en esos programas es generalmente la de los enfoques tradicionales de estudio de las políticas públicas y suelen estar orientados al aprendizaje de métodos cualitativos, microeconomía, política económica y estudios sobre las burocracias.

² NOVOA MONREAL 1990, 2.

³ SUBIRATS et al. 2012, 39.

sobre todo a partir de los años 50 del siglo pasado, con el desarrollo del Estado de bienestar, que el sector público empezó a plantear intervenciones directas y puntuales ante problemas concretos⁴.

Diversos aspectos, que quedarán fuera de este ensayo, me parece que se enriquecerían de una interrelación más fluida entre el estudio de las políticas públicas y el derecho: en primer lugar, un aspecto axiológico, en el que las discusiones morales desarrolladas en el ámbito jurídico de una manera particular podrían realizar un aporte a la construcción de las políticas públicas; en segundo lugar, dado que, casi siempre⁵, las políticas públicas se adoptan por medio de normas generales, la aproximación jurídica a la mejora de los procesos racionales de producción legislativa también podría contribuir al estudio y desarrollo de las políticas públicas. Hay por lo menos una tercera dimensión en la que el ámbito jurídico y el de las políticas públicas podrían coincidir sinérgicamente y es el que parcialmente se tratará en este trabajo: el estudio de ciertos aspectos de las *normas jurídicas* sobre las cuales se construyen las políticas públicas. Esta perspectiva debería resultar interesante para el análisis de las políticas públicas ya que estas se crean, implementan y distribuyen mediante normas jurídicas. La función instrumental que cumplen en estos casos las normas jurídicas hace que sea relevante su estudio, como se propondrá aquí, a través de la noción de eficacia normativa y su relación con la efectividad de las políticas públicas. Hay otras facetas de esta relación que también serán dejadas de lado en esta oportunidad, como el de las razones para actuar que pueden generar las normas jurídicas⁶ o las razones por las que una norma jurídica puede resultar ineficaz⁷.

El camino que propongo recorrer es el siguiente: en primer lugar expondré una posible definición de “política pública” y sus elementos esenciales; luego se introducirá de manera genérica la relación entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas para señalar por qué el análisis de las políticas públicas tradicionalmente llevado a cabo carece de un elemento esencial al omitir toda consideración sobre el “instrumento” por el que se viabiliza la política pública: las normas jurídicas. A continuación, se plantearán de modo más específico las posibles relaciones entre eficacia de las normas que establecen obligaciones y prohibiciones y la efectividad de las políticas públicas. A ello se sumará finalmente el análisis de la misma relación, pero con respecto a normas que establecen permisos, potestades, derechos, etcétera. En este recorrido presentaré diversos ejemplos de políticas públicas que existen o existieron en diversos países y aplicaré los análisis a estos casos.

2. ¿Qué es una política pública?

Las políticas públicas, como todo objeto de estudio complejo, plantean la dificultad de encontrar una definición aproximativa que cuente con algún grado de 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 gubernamentales⁸. Las políticas públicas que aquí interesan son fenómenos diferenciables de otras actividades gubernamentales y son características de los Estados de bienestar tal como se han desarrollado a partir de los años 50 con cierto éxito principalmente en Europa y, con menos fortuna, en América Latina.

⁴ SUBIRATS *et al.* 2012, 39.

⁵ 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.

⁶ Ver, entre muchos otros, VON WRIGHT 1970, RAZ 1985, BAYÓN 1991, NINO 1985, HIERRO 2003.

⁷ Sobre este último tema ver FERNÁNDEZ BLANCO 2019, 270-271.

⁸ 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, 4).

Con algunas reservas que luego se expondrán, seguiré a Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone en la aproximación al concepto de políticas públicas. De acuerdo con estos autores las políticas públicas consisten en:

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)⁹.

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 incorporan 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, etc.), como actos individuales y concretos producidos durante la ejecución de la política pública (decisiones administrativas, autorizaciones, subvenciones, etc.)¹⁰.

Mis reservas o consideraciones con respecto a la definición de políticas públicas antes transcrita se presentan en diversos sentidos:

a) En la actualidad sería adecuado ampliar o actualizar de alguna manera la idea de “actores” públicos a los que parecería hacer referencia la definición de Subirats *et al.* En efecto, actores internacionales no siempre identificables a primera vista como “actores públicos” deben ser considerados actualmente como impulsores y desarrolladores de políticas públicas. En este sentido, por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1988 se propuso la eliminación global de la poliomielitis y ha impulsado la “Iniciativa para la Erradicación de la Poliomielitis”, que integran, además de la OMS, UNICEF y el Rotary Club, y cuenta con muchos apoyos de organizaciones filantrópicas importantes, como la Fundación Bill y Melisa Gates, y necesariamente con actores públicos de cada país. Esta iniciativa ha impulsado diversas políticas públicas para lograr el cometido de erradicación de esa enfermedad¹¹. Un ejemplo más reciente aún es la influencia de la OMS en las políticas públicas tomadas durante la crisis del Covid-19.

b) Considero que 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 dirigidas a 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 con 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 dirigidas a los beneficiarios finales (v.gr. los potenciales beneficiarios de un programa de ayuda social pueden optar por recibir esa ayuda o continuar recibiendo ayuda de la parroquia de su barrio o incluso optar por no recibir ninguna ayuda).

c) La segunda objeción que plantearé a la definición de Subirats y sus coautores es

⁹ SUBIRATS *et al.* 2012, 38.

¹⁰ SUBIRATS *et al.* 2012, 39.

¹¹ En 2020 se declaró a África territorio libre de polio y la enfermedad solo se ha presentado ese año en Pakistán (73 casos) y Afganistán (37 casos). En el resto del mundo la enfermedad está erradicada; en América Latina, por ejemplo, desde hace más de 25 años.

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 la deserción escolar o el aumento de la presencia de una enfermedad eruptiva como el sarampión*? 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. Finalmente, 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 pueden 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 en 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 sólo 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 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 globales¹².
- 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 jurídicas 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, etc.). También es posible que diversos ciudadanos y habitantes sean destinatarios de las normas jurídicas sin ser los beneficiarios finales (por ejemplo, en las normas que prohíben fumar en los espacios públicos cerrados) o que los propios destinatarios finales de la política pública sean sujetos de normas que establecen obligaciones o prohibiciones (por ejemplo, en los países en los que la vacunación es obligatoria).
- Esas normas generales y abstractas pueden también establecer potestades, derechos, permisos, etc. De este último tipo de normas, que llamaré *antidirectivas*¹³, son destinatarios generalmente de manera exclusiva los beneficiarios finales de la política pública¹⁴. También los beneficiarios finales serán sujetos de diversas normas técnicas¹⁵.

¹² Vale la pena aclarar que cuando la decisión y acción de la política pública la toman actores no públicos (no estatales) o del ámbito internacional, las autoridades gubernamentales locales deben aceptar la política y muchas veces cooperar para su implementación.

¹³ SHAPIRO 2011, 146.

¹⁴ En el grupo de las antidirectivas se incluirán las normas que confieren permisos, poderes, potestades y normas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no. La referencia general a normas antidirectivas engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos normativos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ella se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción (SHAPIRO 2011, 146).

¹⁵ El estudio de las normas técnicas, así como de las normas de competencia y sus relaciones con las políticas públicas no se tratará en este trabajo.

- 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, etc.).
- 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 ocasiones es la sociedad en general (por ejemplo, en las políticas públicas relativas a la protección del medio ambiente).

2.1. *El análisis de las políticas públicas y la omisión de considerar la eficacia de las normas jurídicas*

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»¹⁶.

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 históricamente todo interés por las cuestiones jurídicas, en general, y por el análisis de las normas, en particular. En efecto, haciendo un breve repaso de su evolución histórica, es posible encontrar que la mirada de los analistas respecto de las políticas públicas ha estado mayormente dominada por una visión que intenta explicar y fundamentar los análisis en la lógica de los mercados y se ha preocupado especialmente por el análisis de *eficiencia*. Así, a partir de los años 60 «la metodología del análisis coste-beneficio y de evaluación de programas fue, en muchos círculos, sinónimo de análisis de políticas»¹⁷. Durante los años 70 se volvió preeminente el enfoque de la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice Theory*) que reclamaba la existencia de procesos de decisión similares al mercado en el campo de las ciencias políticas¹⁸. Desde los años 80 los programas universitarios norteamericanos se caracterizan por ser cuantitativos más que teóricos, dominados por la microeconomía más que por la ciencia política, interesados por el ejercicio profesional más que por el desarrollo de una disciplina y, en los últimos años, interesados por el “*management*” más que por el análisis¹⁹.

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 (que implementan la política pública) disponen, 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.

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

¹⁶ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 54.

¹⁷ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 45.

¹⁸ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 46.

¹⁹ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 48.

(aunque ahora empieza a revertirse) el análisis de los *hechos*²⁰. 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 las generadoras de esos hechos. 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 implica trabajar con una información parcial que no logra explicar un tramo del éxito o fracaso de la política.

3. La eficacia de las normas y la efectividad de las políticas públicas

Se comenzará por indagar acerca de las relaciones entre eficacia y efectividad de las normas *prescriptivas* dirigidas a establecer una política pública, luego se analizará la importancia para la implementación de las políticas públicas de las normas *antidirectivas* que, en términos generales, establecen *permisos*, otorgan *potestades*, *derechos*, etc. Como se dijo anteriormente, las normas *prescriptivas*, en la conformación de una política pública, están dirigidas, por lo menos en parte, a agentes estatales y personas privadas que tienen funciones o gestionan la política pública, aunque en ocasiones también otros ciudadanos o habitantes y/o los beneficiarios finales se ven compelidos a realizar o no realizar ciertas conductas (p.ej. es obligatoria la vacunación contra la poliomielitis). Por el contrario, en el caso de las normas *antidirectivas* los sujetos normativos serán principalmente los beneficiarios finales de la política pública y raramente estas normas estarán dirigidas a los “hacedores” de la política.

Realizaré aquí una pequeña escala técnica para definir qué entiendo por “eficacia” y “efectividad”. Seguiré el lenguaje más utilizado por los teóricos del derecho de habla castellana y daré (en principio) el siguiente uso a los vocablos en cuestión²¹:

a) Eficacia²²: La eficacia, en el sentido que es relevante para este texto, se vincula con la relación entre la acción o estado de cosas indicado por la norma y la realización de esa acción o estado de cosas por los sujetos normativos.

Hay varias gradaciones acerca del tipo de conexión que es necesaria entre lo indicado por la norma y la conducta realizada. En una escala de menor a mayor pueden identificarse las siguientes²³:

- *Correspondencia*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C₁ y los sujetos normativos producen C₁. En este caso solo se requiere una *coincidencia* entre lo indicado por la norma y la conducta llevada a cabo²⁴. Si la coincidencia es causal o casual es irrelevante en este primer enfoque. Envío a mis hijos menores de edad a la escuela diariamente, pero esta conducta solo coincide con lo que la norma indica sin que sea relevante si conozco lo que dice la norma o no, o si es

²⁰ GONZÁLEZ LAGIER 2003, 17.

²¹ 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 y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término «eficacia» (PINO 2013, 174; TUZET 2016, 207). Asimismo, desde la sociología del derecho se atribuye a la «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).

²² Muchos autores siguiendo a Kelsen asignan a la noción de eficacia un doble sentido por un lado, el que se utilizará aquí y que se relaciona de manera genérica con la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a lo prescrito 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 1979, 25). Esta última faceta o sentido de la eficacia no será de particular interés en este trabajo.

²³ Ver por todas NAVARRO 1990, 16.

²⁴ HIERRO 2003, 76.

la norma la que me hace cumplir con la obligación educativa para con mis hijos.

- *Acatamiento*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C_1 , los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen C_1 . En este segundo nivel la existencia de la norma tiene otra relevancia porque es necesario que el sujeto conozca la norma, aunque no es necesario que actúe motivado por ella. En este caso, también cumplo con mi obligación de enviar a mis hijos a la escuela, pero para poder hablar de eficacia es necesario que yo conozca la norma que me impone tal obligación.

- *Cumplimiento*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C_1 , los sujetos conocen la existencia de (N) y producen C_1 en virtud de (N). En este último nivel la norma no sólo es conocida, sino que la conducta (enviar a mis hijos a la escuela) se produce *en virtud* de esa norma.

¿Cuál de estas versiones es la más apta para aplicar al estudio de las políticas públicas? Creo que es conveniente diferenciar si la norma está dirigida a agentes estatales o a los habitantes y ciudadanos (sean estos destinatarios finales de la política pública o terceros obligados por la norma sin ser destinatarios de ella).

Con respecto al primer grupo de sujetos normativos (los agentes estatales), parece que la opción más plausible es la más exigente, es decir, la de la eficacia como cumplimiento. 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 agentes estatales todo lo que no está permitido expresamente o es obligatorio está prohibido²⁵. Por lo tanto, sus acciones sólo pueden estar motivadas en normas que establecen permisos fuertes y obligaciones. Aunque obviamente hay cierto margen de discrecionalidad de parte del agente para decidir sobre ciertas conductas no reguladas (una norma puede obligar a que se firmen todas las resoluciones antes de su publicación, pero no indicar qué color de tinta debe usarse para esa firma). En el sentido fuerte, es decir cuando estamos fuera del estrecho ámbito de libertad, pareciera que los agentes estatales llevan adelante sus conductas en el marco de sus funciones solamente en virtud de la norma. Desde la perspectiva inversa: si la norma no obligara (o autorizara expresamente) al agente estatal a hacer P este no tendría facultades para hacerlo y, al hacerlo, violaría, además, diversas normas del sistema jurídico. En el caso de los agentes del Estado no hay una posible fluctuación de motivaciones. Esta conclusión es también extensible a los particulares que están involucrados en la realización o gestión de la política pública y que se equiparan a agentes estatales para este análisis (como los contratistas estatales).

En cambio, con respecto a los destinatarios finales de la política pública y otros habitantes y ciudadanos sobre los que recaen obligaciones y prohibiciones, la motivación para llevar adelante la acción coincidente con la indicada por la norma puede fluctuar y en ocasiones estar motivada por la norma y en otras ocasiones por razones extrajurídicas (envío a mis hijos al colegio por razones que no se vinculan con la existencia de la norma; sin embargo, si algún día me veo tentada de hacer un largo viaje y que se ausenten mucho tiempo de la escuela, al recordar la existencia de la norma me motivo en ella).

Por ello la elección de la fórmula de la eficacia puede ser variable dependiendo de lo que se quiera evaluar. La relación más débil (de correspondencia o coincidencia) 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 *correspondencia simple* en la que resulta

²⁵ Explica Muñoz Machado sobre el principio de legalidad material «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).

En la misma línea también se expresa Riccardo Guastini «Si dentro de un Estado rige el principio de legalidad en las actuaciones de todos los poderes públicos, entonces “todo lo que no está expresamente permitido está prohibido” para los órganos estatales» (GUASTINI 2014, 168).

irrelevante el conocimiento de N por los sujetos, o la motivación de éstos en N. En el universo de la versión débil de la correspondencia se observan entonces los tres posibles casos de eficacia incluyendo, claro está, a la propia *correspondencia simple*. Esta versión de la eficacia no resulta una herramienta útil, por ejemplo, para evaluar *el aporte* (o la falta de aporte) de N₁ (norma que integra la política pública) para la resolución de un determinado problema; para ello requeriríamos apelar a las versiones más fuertes como el acatamiento o el cumplimiento²⁶. Sin embargo, si lo que nos interesa es el grado de realización de la conducta y no estamos evaluando *la norma en sí*, es posible y razonable utilizar esta versión débil, ya que abarcará todas las posibles conexiones entre la norma y la conducta.

Por otra parte, y más allá de la fórmula escogida para evaluar la eficacia, una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringe (N) en la mayoría de las ocasiones²⁷. Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma²⁸.

b) Efectividad de las políticas públicas: En términos generales (hay excepciones), una política pública será efectiva cuando el conglomerado de conductas sobre el que la política se construye (es decir, las acciones a las que las normas obligan, prohíben o autorizan) (C₁, C₂, C₃, etc.) es realizado por los sujetos y conduce a los resultados sociales o económicos inmediatos y/o mediatos que se esperan con su implementación (R₁). No hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, pero sí una relación estadística importante que está, por cierto, sujeta al buen diseño de la norma (es decir, a una vinculación entre medios y fines).

Hay una aclaración que parece pertinente: si bien las conductas obligatorias o prohibidas por las normas son habitualmente sencillas de conocer están siempre sujetas a interpretaciones. Así, una interpretación puede hacer que una norma tenga un nivel de eficacia aceptable (N₁) y otra interpretación puede generar que el mismo texto legal resulte en una norma (N₂) con menor nivel de eficacia. Los propósitos o fines en el sentido de resultados esperados (R₁) 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 más discutido, 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)²⁹; otras veces, la identificación del

²⁶ Por ejemplo, frente al problema X se dicta N₁ y (1) un 40% de la población realiza C₁ por correspondencia simple; (2) un 30% por acatamiento; (3) un 10% por cumplimiento y (4) el restante 20% 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 50% de los que realizan C₁ (grupo 1) en caso de no existir N₁ se comportarían de igual modo o no?, ¿cómo podemos saber si el 20% que no lleva a cabo C₁ (grupo 4) lo hace por falta de conocimiento de N₁ o porque ha decidido no realizar C₁ conociendo N₁? Por eso, si el objetivo es evaluar *la norma* pareciera que es más útil alguna de las versiones más exigentes. Sin embargo, si el objetivo es evaluar el grado de conductas acordes a la norma bastará con la correspondencia y podremos afirmar que la norma es eficaz en un 80% (grupos 1, 2 y 3).

²⁷ NAVARRO 1990, 23.

²⁸ NAVARRO 1990, 23. En la misma línea de pensamiento se puede precisar más el concepto de eficacia tal como lo ha hecho von Wright: «El significado de (des)obediencia 'excepcional' y 'habitual' precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es lo que hemos llamado [...] *eminente 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).

²⁹ Si bien el estudio de los debates legislativos en la búsqueda de propósitos y de intenciones es discutido, hay quienes otorgan valor a las actas de debate parlamentario como instrumento que refleja las exigencias relativas a la argumentación legislativa (OLIVER-LALANA 2008 y 2016; ATIENZA 2013 y 2019). Daniel Oliver-Lalana utiliza una metodología en sus trabajos que es de utilidad: reúne los principales argumentos pronunciados en el debate de manera

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.

4. Las políticas públicas como conglomerados complejos de normas

Por lo general, las leyes por medio de las que se establecen políticas públicas son agregados complejos de diferentes tipos de normas jurídicas (reglas que imponen deberes, reglas que confieren poderes, que establecen prohibiciones, reglas técnicas, etc.) que tienen como destinatarios a diversos sujetos normativos identificados o identificables (principalmente agentes estatales, pero también particulares asignados a alguna función en la implementación de la política pública) y que pueden tener o no como destinatarios también a habitantes y ciudadanos sean ellos los beneficiarios finales de la política pública o terceros. Por ejemplo, se dispone legislativamente un cambio en el calendario de vacunación obligatoria para evitar que los casos de gripe sean confundidos con los casos de Covid-19; por ello, se hace obligatoria para toda la población mayor de 6 años la vacunación contra la gripe, mientras que los menores de esa edad podrán optar por no recibir la vacuna. Para implementar esta política pública, el encargado de compras del Ministerio de Salud tiene la *obligación* de adquirir un lote suficiente de vacunas; el productor privado de esa vacuna, ganador de una licitación, *suscribe un contrato* por el que se *obliga* a cumplir con esa provisión; a su vez, los funcionarios tienen *prohibido* comprar a otros proveedores que no han ganado la licitación; el personal sanitario está *obligado* a vacunar a la población de acuerdo con ciertos criterios, etc.

Esos agregados complejos de distintos tipos de normas coexisten con obligaciones o prohibiciones genéricas, es decir, no vinculadas concretamente a la política pública (v.gr. los agentes estatales tienen prohibido exigir sobornos al proveedor de las vacunas). Finalmente, respecto de los beneficiarios finales de la política pública pueden existir diversos tipos de normas antidirectivas, reglas técnicas y, por supuesto, obligaciones y prohibiciones concretas. Siguiendo con el ejemplo, los habitantes de ese país tendrán la *obligación* de vacunarse y de vacunar a sus hijos mayores de 6 años y estarán *facultados* para decidir si vacunan a los hijos menores de 6 años, etc.

En definitiva, la puesta en marcha de una política pública suele ser la puesta en marcha de una maquinaria compleja que necesita que todos (o casi todos) los sujetos normativos actúen de acuerdo con lo que disponen las normas más relevantes para que la política pública sea efectiva. En ciertos casos, cuando los problemas de eficacia se presenten respecto de conductas con menor capacidad de influencia el resultado será posiblemente una disminución en la eficiencia³⁰ sin que se impida la efectividad de la política pública (aunque en alguna medida se afecte).

Sin embargo, es necesario considerar también que en algunas ocasiones los beneficiarios finales no son sujetos normativos específicos en la política pública. Si se dispone la instalación de un sistema de cloacas en un barrio pobre, los beneficiarios finales no están obligados a hacer nada ni son destinatarios de normas antidirectivas de ningún tipo, solamente deben cumplir con

reiterada y los agrupa. Esta metodología también se advierte en ATIENZA 2019. De esta manera se simplifica la reconstrucción del debate y de la argumentación y se descartan los argumentos solitarios o descabellados como parte de esa reconstrucción (ver OLIVER-LALANA 2016). Utilizando esa metodología, por ejemplo, podrían neutralizarse las objeciones que realiza WALDRON (1999, 28-29) sobre el valor de las actas de debate y la imposibilidad de reconstruir a través de ellas, por ejemplo, la intención legislativa.

³⁰ En esta ocasión, no me detendré en la cuestión de la eficiencia de las políticas públicas. Solamente diré que existe una relación entre eficacia, eficiencia y efectividad. Diferentes grados de eficacia pueden afectar la eficiencia (relación coste-beneficio) de los resultados buscados por la política pública y de ese modo incidir en su efectividad. De este modo una afectación a la eficiencia reduce la efectividad de la política pública si se mantienen iguales los costes asignados a ella o redundan en un aumento de los costes para mantener los mismos niveles de efectividad.

normas generales que no integran la política pública (por ejemplo, no impedir que los operarios instalen las cloacas, no robar los elementos utilizados en la obra, no desobedecer los carteles que indican “peligro” por la obra, etc.). En estos supuestos la eficacia solo puede ser considerada en su versión del *cumplimiento* ya que solo hay agentes estatales y (eventualmente) agentes privados que tienen el mismo *status* que los agentes públicos en lo que respecta a la fluctuación de las motivaciones (el contratista de la obra de las cloacas no puede disponer más que pequeños detalles de la construcción y sólo está autorizado a realizar la obra en las condiciones en las que fue suscrito el contrato de obra 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 interesante campo para el estudio se presenta principalmente respecto del cúmulo de normas dirigido a agentes estatales 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 particulares³¹. 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 verdad si N no es aplicable; para este enfoque, que el autor denomina “Tesis del Rango de Significación”, sólo bajo la hipótesis de que una norma N sea aplicable las propiedades ineficaz y eficaz son conjuntamente exhaustivas³². 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 N³³. 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”»³⁴.

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 significativo³⁵.

5. Relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas

En los párrafos que siguen se presentarán algunas de las posibles relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas. Como se dijo, las políticas públicas son generalmente medidas complejas cuya realización se intenta a través de un *conjunto* de normas que se presuponen unas a otras para resolver o prevenir un problema que afecta a un grupo identificado, identificable o a la sociedad en general. Para alcanzar ese resultado buscado (R₁) se asume la necesidad de una relación sistémica entre las conductas prescritas por las normas que

³¹ Esta situación contrasta con la dificultad para evaluar la eficacia de ciertas normas que son eminentemente generales o que además de ser eminentemente generales su cumplimiento requiere de una conducta pasiva. Kelsen advirtió esta dificultad y señaló que el súbdito se halla siempre, bajo cualquier circunstancia e ininterrumpidamente, obligado a no asesinar, a no estafar, a no atentar contra la propiedad de otro, etc. (KELSEN 1987, 380). Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, erga omnes, y tienen un número inmenso, tendente al infinito de ocasiones de cumplimiento (HIERRO 2003, 79).

³² NAVARRO 2017, 63.

³³ NAVARRO 2017, 69.

³⁴ NAVARRO 2017, 69.

³⁵ Sobre los criterios de aplicabilidad externa e interna ver NAVARRO, MORESO 1996.

integran estos conglomerados normativos. Los ejemplos y análisis que se proponen a continuación son simplificaciones de esas relaciones complejas. Especialmente en los ejemplos se deberá asumir que las restantes normas que integran la política pública son eficaces para poder asignar algún tipo de relevancia causal a la alta o baja eficacia de la norma analizada en relación con la consecución de R_i , es decir, su efectividad (o ineffectividad).

El análisis de las distintas combinaciones entre eficacia y efectividad que se propondrá es evidentemente solo acerca de normas prescriptivas, ya que las normas antidirectivas no pueden ser valoradas como eficaces o no eficaces. Por ello, el punto 6 estará destinado a analizar el uso de una de las opciones previstas en las normas antidirectivas y su relación con la efectividad de las políticas públicas. Como se dijo ya varias veces, son principalmente sujetos destinatarios de las normas prescriptivas que construyen la política pública los agentes estatales, así como aquellas personas o entidades privadas comprometidas en la implementación de la política pública. Sin embargo, también los habitantes pueden ser ocasionalmente destinatarios de estas normas (los beneficiarios de la política pública o terceros).

Las posibles combinaciones entre eficacia y efectividad en las normas prescriptivas son las siguientes.

5.1. Normas que implementan políticas públicas y son altamente eficaces y efectivas

En este supuesto los sujetos normativos llevan adelante las conductas que están indicadas por el conjunto de normas que implementan la política pública –cumplen con N_1 , N_2 , N_3 , etc. – y se alcanza R_i . Esta relación exitosa presupone la existencia de normas bien diseñadas que conducen al resultado que se propone alcanzar la política pública y se satisface así la necesidad social o económica por la que esta se implementó. Como se dijo, 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 normativos³⁶.

Un caso valioso de eficacia y efectividad es el de las políticas públicas que implementaron prohibiciones de fumar en lugares públicos cerrados. Estas normas, por diversas razones que no se pueden desarrollar aquí, han tenido un alto grado de acatamiento (aunque obviamente se encuentran diferencias en el nivel de acatamiento entre distintos países y ciudades)³⁷. 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 objetivo principal 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 (para el resultado de la disminución de enfermedades)³⁸ y ha perdurado en el tiempo, por lo que también ha sido efectiva a medio/largo plazo³⁹. En este ejemplo, se presenta el

³⁶ Es cierto como señala PAPAYANNIS (2021) que, en ocasiones, la efectividad de una política pública puede depender de algún condicionamiento subyacente y no exclusivamente de la eficacia de las normas que lo integran. Sin embargo, ese condicionamiento subyacente, si es funcional, debe ser utilizado sinérgicamente para la política pública y si es disfuncional debe ser neutralizado como parte de la política pública. En ambos casos la dependencia de la eficacia de las normas jurídicas vuelve a estar en el centro de la escena.

³⁷ ver, entre otros, SANDOYA et al., 2010, 211.

³⁸ En Escocia e Irlanda, por ejemplo, se encontró disminución de los ingresos por problemas respiratorios de los fumadores pasivos desde los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la norma. Ver https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/secondhand_smoke/protection/improve_health/index.htm (consultado el 4 de marzo de 2021).

³⁹ 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% 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

caso de una combinación de sujetos a los que las normas se dirigen: por un lado, recae sobre los habitantes la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados (aunque ellos no son los beneficiarios directos de la política pública pues en este caso el grupo que se beneficia son los no fumadores); también son sujetos obligados a hacer cumplir la norma las personas jurídicas propietarias o gestoras de los espacios públicos cerrados (bares, supermercados, estadios cerrados, escuelas, teatros, etc.), y a ellos puede imponérselos una sanción en caso de permitir fumar en los ámbitos bajo su gestión. Finalmente, diversos agentes del estado tienen la obligación de inspeccionar esos lugares, imponer multas en caso de incumplimientos, etc.

Otro caso notable de eficacia y efectividad es el 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 por completo en el mundo entero⁴⁰.

Sin embargo, no siempre es necesaria una relación directa entre eficacia y efectividad como la presentada en el caso de los fumadores pasivos o del exitoso plan de vacunación contra la viruela, la relación puede ser más indirecta y sin embargo exitosa. Un caso interesante es el que comenta Van Aeken sobre los Países Bajos, en donde en 1974 se dictó una norma que obligaba a usar casco a los usuarios de ciclomotores para reducir la mortalidad en los accidentes de tránsito⁴¹. 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 ciclomotores la acataron, y aquellos que no estaban dispuestos a cumplirla no realizaron la conducta contraria (circular sin casco), pero además produjo un aumento de la efectividad tal vez mayor del esperado pues la obligación de utilizar casco desmotivó directamente el uso de ciclomotores⁴².

5.2. Normas altamente eficaces, pero no efectivas

Uno de los casos más frecuentes de fracaso de las políticas públicas es el que se presenta cuando las normas tienen un alto grado de eficacia y sin embargo no conducen al resultado para el que han sido diseñadas, es decir, no son efectivas o son solo muy pobremente efectivas.

A pesar de que las normas son eficaces, en estos supuestos, es posible que las dificultades se presenten tanto en el ámbito de la eficacia como en el de la efectividad. El primer subgrupo que se presentará es el que evidencia un problema en la efectividad.

5.2.1. Normas eficaces, pero no efectivas: problemas en la efectividad

El más frecuente de estos problemas relativos a la efectividad se presenta cuando existe un *diseño institucional equivocado* (C1 no conduce a R1). Ejemplos de este tipo de problemas pueden ser desde los casos más obvios de falta de adecuación de medios a fines (normas arbitrarias o

manera progresiva y luego de la primera ley (2006) se produjo una disminución de los ingresos por infartos agudos de miocardio del 4,2% que se complementó con una caída del 3,1% en 2011, cuando entró en vigor la segunda ley (BOBADILLA *et al.*, 2014). A nivel mundial, metanálisis publicados demuestran reducciones en el número de ingresos por síndrome coronario agudo de un 16-17% en el primer año de implementación de las leyes y las leyes más restrictivas consiguen mejores resultados (TAN, GLANTZ 2012).

⁴⁰ Ver OMS <https://www.who.int/news/item/08-05-2020-commemorating-smallpox-eradication-a-legacy-of-hope-for-covid-19-and-other-diseases#:~:text=On%208%20May%201980%2C%20the,in%20the%2020th%20century%20alone> (consultado el 1 de marzo de 2021).

⁴¹ VAN AEKEN 2011, 43.

⁴² 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 (VAN AEKEN 2011, 43).

irrazonables) hasta casos más sutiles en los que luego de estudios o de un cierto recorrido en el tiempo, se revelan inadecuados para resolver los problemas que se intentaban solucionar con el dictado de la política pública.

El razonamiento para determinar la adecuación de medios a fines puede ser similar al que utilizan los tribunales cuando realizan análisis de proporcionalidad en su faceta de idoneidad⁴³. En ocasiones la falta de adecuación es muy obvia y puede ser detectada incluso *antes* de la implementación de la política pública.

En otras oportunidades los problemas de diseño institucional no pueden ser identificados *ex ante* y 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. Un interesante caso en este sentido es el de los *microcréditos*: cuando a principios del Siglo XXI se comenzó a difundir como política de combate de la pobreza 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. Tampoco introdujeron mejoras en los indicadores sociales⁴⁴, incluso los resultados del otorgamiento de microcréditos no necesariamente son positivos y pueden ser negativos⁴⁵.

Sin embargo, también debemos considerar que aún normas bien diseñadas y eficaces pueden fracasar en su efectividad por la concurrencia de factores externos que la tornan inefectiva (v.gr. circunstancias económicas adversas producidas por una crisis internacional o una catástrofe natural). En estos casos los sujetos realizan C₁ pero las circunstancias excepcionales no permiten que se alcancen los objetivos buscados.

5.2.2. Normas eficaces, pero no efectivas: el caso de las normas formalmente eficaces

Como se adelantó, hay casos de normas eficaces, pero con baja efectividad, que paradójicamente, presentan su principal problema en el tramo o ámbito de la eficacia. En este supuesto, el resultado de estos problemas se refleja en la no consecución de R₁ o en la disminución del grado de obtención de R₁. Se trata de lo que llamaré normas *formalmente eficaces*: los sujetos cumplen mayormente con C₁, pero además realizan C₂ (o C₃, C₄, etc.). Estas conductas alternativas compiten con C₁. No se trata de una competencia en sentido físico o literal pero sí respecto de sus “fines normativos”⁴⁶, es decir, las conductas alternativas tienden a neutralizar o a rechazar R₁ (resultados inmediatos o mediatos de N₁ o del conjunto de normas que implementan la política pública)⁴⁷.

Un ejemplo de normas formalmente eficaces puede venir de la mano de la pequeña corrupción de los caudillos barriales en la distribución de planes sociales. A partir de la década de los 90 los programas sociales sufrieron una modificación radical en América Latina: se comenzó a entregar a los beneficiarios dinero en efectivo en lugar de bienes (alimentos, útiles escolares, etc.) o subsidios al consumo (energía, alimentos básicos, etc.). El objetivo o resultado buscado con la política pública que se volcaba ahora a la entrega de dinero en efectivo era lógicamente combatir la pobreza, pero también podían identificarse como medios para la promoción de la actividad económica general. Los mecanismos de implementación de estos

⁴³ Ver, como buenos ejemplos de análisis de proporcionalidad en su faceta de idoneidad (lo que la Corte de EE. UU. ha llamado racionalidad simple), los fallos de la Corte Suprema de EE. UU. *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993), en donde se niega la ausencia de racionalidad entre medios y fines, y *Morey v. Doud* 354 U.S. 457 (1957), en el cual se acepta la falta de adecuación de medios a fines.

⁴⁴ BANERJEE et al. 2015, 13.

⁴⁵ BANERJEE et al. 2015, 1.

⁴⁶ NINO 2005, 44-45.

⁴⁷ La eficacia formal se presenta frecuentemente en el ámbito del derecho financiero e impositivo donde la multiplicidad de opciones de acción permite la generación de estrategias de elusión de alguna o algunas de las consecuencias de haber obrado conforme a N₁.

nuevos planes sociales resultaron en una mutación de las relaciones clientelares antes existentes⁴⁸. Estos planes sociales eran distribuidos, a través de “caudillos barriales” o “caciques barriales”, y otros *brokers* informales. La distribución de los programas sociales se convirtió en ese entonces en una moneda de cambio de favores partidistas 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.

En el plano de la eficacia de las normas, el caso de la distribución de los programas sociales es útil ya que muchos de estos *brokers* actuaban conforme a N_1 y realizaban C_1 (por ejemplo, seleccionaban a familias sin ingresos y con hijos menores) pero además realizaban C_2 (por ejemplo, pedían un “retorno” a esas familias del 20% de lo percibido mensualmente). Esta conducta alternativa podría haber producido el fracaso de R_1 , es decir, que la política pública resultara inefectiva, (v.gr. que los beneficiarios no lograran superar las condiciones de pobreza) o una disminución en su efectividad y, con seguridad, una reducción de su eficiencia. El acatamiento de C_1 junto con la realización de las conductas alternativas total o parcialmente contradictorias con los fines de C_1 puede generar diversos resultados: a) que se alcance R_1 aun cuando C_2 , C_3 y C_4 se superpongan de manera total o parcialmente contradictoria con C_1 (aquí a pesar de todo se verifica la presencia de cierto grado de eficacia y efectividad, por lo que no es realmente un caso de norma eficaz pero no efectiva); b) que R_1 se alcance pero perdiendo algún grado de efectividad; c) que R_1 se alcance pero con mayores costes (pérdida de eficiencia) o; d) que se frustre R_1 .

5.3. 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 prescritas por las normas, por la concurrencia de otras conductas (C_2 , C_3 , C_N). Por ello se ha dicho que no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad sino simplemente una relación estadística relevante.

Para que esté presente el caso de la ausencia de eficacia con efectividad (efectividad impropia) se debería poder afirmar que estas conductas alternativas que conducen a R_1 *no se producirían* si N_1 no existiera. Es decir, debería ser posible asumir (aunque sea hipotéticamente) que las conductas alternativas a la ordenada por la norma por las que, de todas formas, se alcanza el resultado social esperado, desaparecerían si la norma no existiese o fuese derogada.

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 latinoamericanos. La obligación de detener el coche⁴⁹ 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 acción. 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 descritas (disminuir la velocidad y mirar). Si el cartel de “pare” (N_1) no existiera, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían, sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles.

Algo similar ocurre con las normas sobre velocidad máxima en las autopistas: en España ha resultado en una disminución de accidentes y de mortalidad la disposición que reduce el máximo de circulación en las autopistas; sin embargo, ese límite (que es ahora de 120 km) es

⁴⁸ GRUENBERG, PEREYRA IRAOLA 2009.

⁴⁹ Las legislaciones nacionales consultadas son contestes en exigir la detención total del vehículo (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...»

generalmente incumplido por los conductores (la media de circulación es de 130 km por hora); no obstante la baja eficacia de la norma, se han reducido los promedios de velocidad si se los compara con la etapa previa a la sanción de la nueva norma y también se han reducido los accidentes mortales o graves⁵⁰.

La efectividad impropia de las normas no es ideal y tiene riesgos ciertos. En primer lugar, puede resultar relevante el hecho de que la conducta prescrita por N_1 sea C_1 y no C_2 para alcanzar R_1 pues podría asumirse *a priori* que si el legislador optó por la conducta C_1 y no C_2 para la resolución de cierto problema esas conductas no son intercambiables sin coste (por ejemplo, sin disminución de la eficiencia), o que la elección efectuada resulta necesaria para otras cuestiones como podría ser mantener la coherencia del sistema jurídico, o incluso, para algún tipo de objetivo simbólico o expresivo del derecho.

Finalmente, hay casos de efectividad impropia que simplemente obedecen a un mal diseño institucional y que no resultan riesgosos para R_1 ni alteran otros propósitos de la norma ni su eficiencia. Si el diseño institucional es errado podría ocurrir que C_2 sea una alternativa más adecuada que C_1 para arribar a R_1 (en este caso, sin embargo, la afirmación de falta de eficacia o de la baja eficacia de N_1 no se ve alterada). En tales casos sería conveniente que el legislador adecuase la norma modificando la conducta exigida a C_2 (o a otra) con el propósito de evitar la aparición de normas “perversas”. Esto es: normas generalmente incumplidas (por los sujetos destinatarios de ellas) e inaplicadas (por los jueces y por los órganos administrativos), pero que ocasionalmente se aplican, dando lugar a efectos negativos⁵¹.

Me interesa distinguir el caso de la efectividad impropia tal como ha sido expuesto en este apartado de otro supuesto en el que el resultado social buscado (R_1) se alcanza por azar o por circunstancias fortuitas que no se vinculan con la existencia de la norma (que, por cierto, es también ineficaz). Un ejemplo podría ser el siguiente: en la Ciudad de Buenos Aires la Ley 1854 obliga a los vecinos a separar los residuos para el reciclaje y también impone obligaciones posteriores a cargo del Gobierno de la Ciudad para disponer de esos residuos en plantas de reciclaje. Durante años los habitantes resistieron la obligación y no separaban los residuos. Luego de varias campañas de concientización, ajustes legislativos y difusión de la ley, poco a poco los habitantes de la ciudad fueron adquiriendo el hábito de clasificar los residuos. Sin embargo, según reclaman los habitantes y algunas entidades no gubernamentales, es el gobierno el que no cumple ahora su parte de la obligación⁵². A pesar de la ineficacia de la(s) norma(s), en esa ciudad, especialmente a partir de la crisis de 2001 y en los años subsiguientes, aparecieron muchísimos “recuperadores informales” (conocidos popularmente como “cartoneros”) que recogían residuos reciclables y los vendían a industrias interesadas, impidiendo de este modo que se produjeran mayores daños derivados del entierro de basura. Dado que se trata de actividades informales es difícil conocer el porcentaje exacto del aporte que los recicladores informales realizaron al reciclaje de residuos, pero hay quienes estiman que fue alrededor de entre el 15% y el 20% durante el año 2002, lo que equivale a porcentajes europeos de reciclaje⁵³. Evidentemente la ley fue y es ineficaz, tampoco fue efectiva, pero por razones sociales ajenas a la existencia de la ley, los índices de reciclaje alcanzados durante los

⁵⁰ De acuerdo con FERRARO (2019, 28 ss.) se trataría de un caso de legislación simbólica en donde se alcanza la efectividad sin eficacia. De acuerdo con este autor, el legislador puede haber asumido al dictar la norma que ese límite será incumplido por los conductores, pero, sin embargo, al transmitir suficientemente el mensaje de peligro se logra que los conductores manejen con mayor cuidado. Sin embargo, no todas las normas que tienen efectividad sin eficacia están pensadas *a priori* como legislación simbólica y, por otra parte –y esto es una cuestión relevante (ver FERNÁNDEZ BLANCO 2018, 350-352)–, es muy difícil determinar cuándo el legislador quiso emitir una legislación simbólica y cuándo, por el contrario, simplemente falla la eficacia.

⁵¹ HIERRO 2003, 177-178; ATIENZA 2013, 606.

⁵² Ver GREENPEACE, AVINA, FARN 2015.

⁵³ Datos obtenidos del diario “El País” edición del 25 de agosto de 2002. Disponible en http://elpais.com/diario/2002/08/25/opinion/1030226408_850215.html (consultado el 20 de abril de 2021).

primeros años posteriores a la crisis fueron probablemente aquellos a los que se hubiera aspirado lograr con la ley. El caso es un ejemplo claro de una ley ineficaz y no efectiva en la que, sin embargo, se alcanzan los resultados sociales esperados, pero no es, sin embargo, un caso similar al de la velocidad máxima en las autopistas o al del incumplimiento de la señal de “pare” en las esquinas porque en este caso la existencia o inexistencia de la norma fue irrelevante para la consecución de los objetivos.

5.4. Normas con baja o nula eficacia y políticas públicas no efectivas

Este es el caso más obvio de fracaso de una política pública. La conducta C_1 no se cumple: sea por razones objetivas (la norma es de imposible o de muy difícil cumplimiento o no están dadas las condiciones para poder cumplir con la norma)⁵⁴, o subjetivas (no se logra motivar la conducta para el cumplimiento de la norma). Como resultado de la falta de cumplimiento de $N_1(C_1)$, tampoco se obtienen los resultados esperados. El primer ejemplo será relativo al caso más sencillo (e infrecuente) de fracaso por razones objetivas.

Un caso flagrante de ineficacia *por factores objetivos* (no por dificultades para motivar la conducta) puede observarse en la ley 8122 de 1973 de la Provincia de Buenos Aires (República Argentina). Se trata de una ley sancionada con el objetivo de controlar la fiebre hemorrágica argentina en una zona de la Provincia de Buenos Aires⁵⁵. La ley solo tiene 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, cuya tipificación es: Cepa XJ Clon 3.

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

Art. 3.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

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)⁵⁶ la política pública de vacunación contra esta enfermedad fue completamente inefectiva por un problema de diseño de la ley, que por razones objetivas resultaba ineficaz.

Sin embargo, a pesar de la contundencia del ejemplo anterior, lo cierto es que la mayor cantidad de los problemas de ineficacia-inefectividad se producen por problemas *subjetivos* en el ámbito de la eficacia, es decir, por dificultades para motivar la conducta de los sujetos más que por diseños legislativos completamente errados o incompletos.

Para analizar los problemas de falta de eficacia y falta de efectividad por razones subjetivas es conveniente distinguir entre dos posibles supuestos: (a) el primero y menos problemático es cuando la conducta prescrita por la norma no se realiza en absoluto y es evidente entonces su

⁵⁴ La ineficacia por razones objetivas es descrita por ATIENZA (1997, 37, 45) en el marco de su análisis sobre racionalidad legislativa como un caso de *irracionalidad pragmática*; también podría tratarse de un caso de lo que KELSEN llamaba «laguna técnica», que se presentaría cuando «el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley» (KELSEN 1963, 74).

⁵⁵ La fiebre hemorrágica argentina es una enfermedad endémica y exclusiva de una zona de la provincia de Buenos Aires, por lo que la vacuna contra ella se desarrolló localmente y no existen ni existieron laboratorios privados interesados en producirla.

⁵⁶ “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).

falta de eficacia. El legislador, en estos casos, si el problema a resolver sigue vigente no tiene más opción que modificar la norma o reemplazarla; (b) el segundo caso es más complejo porque en él si bien la conducta ordenada no se realiza (o se realiza la conducta prohibida) se realizan otras conductas que generan una *apariencia* de eficacia.

Con relación al último supuesto, retomemos una vez más el ejemplo de los programas de ayudas sociales: asumamos ahora que los caudillos barriales no cumplían con C₁ (seleccionar para el programa de ayuda social a quienes cumplían con los requisitos de falta de ingresos e hijos menores de edad) y que, en cambio, realizaban una multiplicidad de conductas (todas estas conductas han ocurrido efectivamente en diversos países de América Latina) : C₂ (seleccionar a quien tenía ingresos suficientes a sabiendas de esta situación), C₃ (seleccionar a quienes prometían votarlos por esa sola circunstancia), C₄ (seleccionar a quienes ya estaban cobrando otro plan social), etc., siendo todas estas conductas diferentes a C₁. Si los resultados esperados 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. Es una situación claramente diferente del caso de la ineficacia de la o las normas que *paralizan* la política pública: en el caso de la falta de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina nadie dudaría de que la norma que obligaba a la población a vacunarse y a los prestadores de servicios de salud a vacunar era ineficaz y la política pública inefectiva. Sin embargo, en casos como los de la distribución de los programas sociales hay una *apariencia* de cumplimiento que puede exhibir la falsa idea de que la norma es eficaz y, si los resultados de la efectividad no son claros o transparentes, también podría asumirse erradamente que se trata de una norma eficaz y efectiva. Por esta razón, las evaluaciones de impacto de las políticas públicas son de primordial importancia. Es necesario, por supuesto, que estas se realicen de manera seria, objetiva y con el propósito honesto de evaluar la política pública para ajustarla o modificarla si es preciso.

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

Como se dijo, las normas prescriptivas están generalmente destinadas a guiar la conducta de agentes del Estado, particulares involucrados en su implementación o gestión y en ocasiones habitantes y ciudadanos (sean beneficiarios o no de la política pública), sólo si esa maquinaria funciona relativamente bien, el “producto” de la política pública llega a los beneficiarios finales. Estos muchas veces tienen la posibilidad de optar por hacer uso de la política pública; en otras ocasiones, los beneficiarios se ven *obligados* a realizar ciertas conductas para permitir la realización de la política pública (la vacunación obligatoria es un caso de ello); o finalmente, pueden simplemente gozar de beneficios sin ser sujetos normativos (si el Estado decide mejorar el sistema de cloacas en un determinado barrio). En el punto que sigue me detendré en el caso que se presenta cuando los beneficiarios tienen la opción de hacer uso o no de una política pública.

6. Los beneficiarios de las políticas públicas: las antidirectivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas

El esquema de las relaciones entre eficacia y efectividad antes trazado se enfrenta a una dificultad a la hora de valorar las normas que serán llamadas *antidirectivas*⁵⁷. En el grupo de las

⁵⁷ SHAPIRO 2011, 146.

antidirectivas se incluirán las reglas que confieren permisos, poderes, potestades y reglas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no (v.gr. normas que garantizan la libertad de expresión o de sufragio cuando éste no es obligatorio). La referencia general a normas *antidirectivas* engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos normativos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ella se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción⁵⁸.

La imposibilidad de predicar eficacia acerca de normas que confieren potestades y otorgan permisos ha sido señalada en la mayoría de las discusiones y trabajos sobre este tema y no son demasiados los cuestionamientos sobre esta afirmación. En efecto, al no regular conducta alguna se ven satisfechas con cualquier proceder y no son susceptibles de violación⁵⁹.

Si bien la eficacia no parece ser una alternativa a aplicar para valorar el éxito de una medida permisiva, sí existe la posibilidad de medir el “uso” de una alternativa con relación a la otra. Cuando se diseñan normas permisivas o que confieren potestades o derechos y que son parte de una política pública, la elección que realice el sujeto normativo suele ser relevante con relación a la consecución del objetivo de la política pública (R1). Parece razonable pensar que en los casos de políticas públicas los legisladores tienen una preferencia por que se use o no se use una de las opciones disponibles. Es factible asumir que, si se lanza un plan de vacunación contra la gripe para mayores de 65 años y se trata de una vacuna optativa, el legislador preferirá que se haga uso de la opción de la vacunación.

Esta no-neutralidad del legislador en cuanto a la opción que puede escoger el sujeto normativo se visibiliza frecuentemente en 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 al empleador que contrata a personas con capacidades especiales). Muchas veces, sin embargo, tales estímulos y obstáculos no se establecen y aún así es posible asumir que el legislador prefiere X a Y (es decir que se haga un uso positivo de la política pública) y que, sin embargo, por diversas razones, ha preferido mantener esa conducta como no obligatoria. Las razones para omitir la obligatoriedad de la participación en una política pública pueden deberse, en sociedades liberales, entre muchas otras, a la necesidad de respeto a la autonomía personal.

Sin embargo, fuera del ámbito de las políticas públicas, en donde es difícil encontrar normas antidirectivas cuyas alternativas resulten neutrales para el legislador, los sistemas jurídicos están compuestos primordialmente de antidirectivas en las cuales esta “opción preferencial” del

⁵⁸ SHAPIRO 2011, 146.

⁵⁹ VERNENGO 1983, 278. Estas antidirectivas requieren, para tener algún sentido práctico, de la existencia de normas prescriptivas tal como lo han señalado ALCHOURRON, 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, una obligación *erga omnes* de no interferir ilegítimamente en el permiso conferido para hacer o no hacer algo (existe una obligación genérica de no interferir ilegítimamente en la libertad de celebrar un contrato de arrendamiento a quien esté en condiciones de hacerlo); (b) una vez hecho uso del permiso, surgirán para el sujeto que lo utilizó una serie de obligaciones, prohibiciones y probablemente también nuevos permisos (quien celebra un contrato de arrendamiento, por ejemplo, tendrá obligaciones, prohibiciones y posiblemente nuevos permisos relativos a la posesión del bien arrendado); (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 (los terceros no vinculados contractualmente al arrendamiento tienen la obligación de respetar la posesión de la que se ha hecho el contratante y, por ejemplo, la empresa que presta servicio de gas a la finca tendrá un permiso para celebrar un nuevo contrato con el nuevo poseedor) (d) finalmente los jueces y/o las autoridades administrativas encargadas de aplicar la ley que otorga el permiso, competencia, etc. tienen *la obligación* de garantizar que se pueda hacer uso del derecho, potestad, permiso, etc. siempre que estén dadas las condiciones y cuando se presenten incumplimientos de las obligaciones o prohibiciones en los casos a) b) o c) anteriores. La diferenciación y enumeración anterior es necesaria pues suele confundirse el análisis de las normas que confieren permisos o potestades con algunas de las consecuencias que el uso (o no uso) de esa norma genera.

legislador no es expresa ni se puede especular con que exista (v.gr. es indiferente que se realice un testamento o se produzca una sucesión *ab intestato*; es indiferente que una garantía se otorgue a través una caución o un pagaré; o que el ejercicio de la libertad de expresión se realice por medios escritos o por la radio, etc.). En estos casos los fines de la norma (R₁) se cumplen correctamente mediante el uso de cualquiera de las alternativas aceptadas por la norma o se presume que existirá una autoregulación del uso de una u otra alternativa.

En definitiva, si bien parece difícilmente discutible la imposibilidad de predicar eficacia o ineficacia de las normas permisivas, con el propósito de evaluar el acierto de una política pública es posible medir el uso de una opción sobre la otra u otras.

Para finalizar, es necesario tener en cuenta que los beneficiarios pueden hacer uso de las opciones de la política pública (opción preferida por el legislador) en la mayoría de las ocasiones en las que esta opción está disponible y, sin embargo, que la política pública no sea efectiva. Ello puede obedecer a varios motivos que ya han sido mencionados al tratar las relaciones entre los pares eficacia-efectividad: a) esta situación podría ser compatible con la descripción de las políticas públicas que funcionan en apariencia: los sujetos beneficiarios pueden optar por acogerse a un programa de ayuda social que en rigor no les corresponde (los encargados de la selección de beneficiarios no cumplen con N₁ y la opción de usar N₂ para esos sujetos es, en realidad, fraudulenta); b) también es posible que esta situación se presente cuando en el ámbito de la eficacia se presenta el caso de normas que son solo formalmente eficaces: los encargados de seleccionar a los beneficiarios cumplen con la obligación de enrolar en los programas sociales solo a las personas “elegibles” (C₁) pero además realizan otras conductas (C₂, C₃) que compiten en los fines normativos de la política pública o son neutralizadores de la acción conforme a la norma: exigir a los beneficiarios un retorno del 20% de lo que perciben mensualmente podría frustrar el resultado de la política pública; c) asimismo, es una situación que puede estar presente cuando el problema es de diseño institucional y la política pública no conduce al resultado para el que ha sido implementada (aquí los sujetos hacen correcto uso de la antidirectiva), como en el caso de los microcréditos. Finalmente, (d) es posible que el uso de la antidirectiva genere un incentivo para los beneficiarios finales para que, además de hacer “uso” de la opción del legislador, se realicen otras conductas que contradigan los fines normativos de esa opción. Se trataría de un caso similar al de la eficacia formal, pero en donde una de las conductas (la que es cumplida solo “formalmente” no es una obligación o una prohibición). Un caso ocurrido en los EE. UU. puede dar cuenta de esta situación: al final del siglo XVIII en algunos estados de ese país la presencia de coyotes y otros animales salvajes se volvió un problema significativo para los granjeros. En el estado de Iowa se implementó una política que consistía en beneficiar a los cazadores con una recompensa por la caza de coyotes. Ocurrió que se volvió más rentable entonces criar coyotes para obtener la recompensa que criar ovejas⁶⁰. Como concluye Moreso al analizar el caso, 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 Iowa⁶¹.

7. Palabras finales

Este intento inicial de vincular la eficacia/uso de las normas con la efectividad de las políticas públicas permite hacer visible la relevancia de dar a los enfoques de teoría del derecho una aplicación a problemas concretos. También es un llamado de atención a otras disciplinas sobre la importancia de permitir un lugar en sus estudios al derecho y a la teoría jurídica, desde un lugar

⁶⁰ PALMER [1897] citado por MORESO 2016, 216.

⁶¹ MORESO 2016, 216-217.

que no sólo se vincule con los aspectos regulativos de esas disciplinas, sino que incorpore también algunas de sus herramientas metodológicas o sus fundamentos a sus modelos de análisis.

Insisto en que, si las políticas públicas son inevitablemente instrumentalizadas mediante conglomerados complejos de normas jurídicas, cualquier estudio del éxito o fracaso de una política pública debe incluir entre sus intereses el de averiguar qué ocurrió con el cumplimiento de esas normas y de qué manera ese cumplimiento/uso o incumplimiento/no-uso puede vincularse con los resultados obtenidos. Considero que omitir este plano de análisis implica un salto epistémico que priva, en buena medida, de sentido a las conclusiones de otro tipo como las que se centran en la eficiencia, en los procesos de producción de las políticas públicas y muy especialmente las que se centran en la evaluación de los resultados de estas políticas. En definitiva, omitir el análisis de las normas jurídicas al evaluar los resultados de las políticas públicas es algo así como poner el carro delante del caballo.

Referencias bibliográficas

- ATIENZA M. 1997. *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- ATIENZA M. 2019. *Un modelo de análisis de la argumentación legislativa* en OLIVER-LALANA, D. (ed.), *La legislación en serio: estudios sobre derecho y legisprudencia*, Tirant lo Blanch. 343 ss.
- BANERJEE A., KARLAN D., ZINMAN J. 2015. *Six Randomized Evaluations of Microcredits: Introduction and Further Steps*, en «American Economic Journal: Applied Economics», 7, 1, 1ss.
- BAYÓN J.C. 1991. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales.
- BOBADILLA J., DALMAU R., GALVE E. 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», 67, 5, 349 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2018. *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/482041>
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2019. *Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas*, en «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 42, 259 ss.
- FERRARO F. 2019. *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi. Un'introduzione teorica*, Giuffrè.
- GARCÍA VILLEGAS M. 1993. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Uniandes.
- GONZÁLEZ LAGIER D. 2003. *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, en «Jueces para la democracia: Información y debate», 46, 17 ss.
- GREENPEACE, AVINA, FARN 2015. *Las Plantas MBT, una falsa solución para cumplir con la Ley de Basura Cero*. Documento Disponible en <https://wayback.archive-it.org/9650/20200216201047/http://p3-raw.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/graphics/2015/basura/MTB-Una%20Falsa%20Solucion.pdf> (visitado el 22 de noviembre de 2021)
- GRUENBERG C., PEREYRA IRAOLA V. 2009. *El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza*, Documento de Políticas Públicas Nro. 60, CIPPEC.
- GUASTINI R. 2014. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- HIERRO L. 2003. *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho.
- HOGWOOD B., GUNN L. 1984. *Policy Analysis for the Real World*, Oxford University Press.
- JEAMMAUD A. 1984. *En torno al Problema de la Efectividad del Derecho*, en «Crítica Jurídica» 1, 5ss.
- KELSEN H. 1963. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por NILVE R., EUDEBA.
- KELSEN H. 1979. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por VERNENGO R. Segunda Edición, UNAM.
- KELSEN H. 1987. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por VERNENGO R., UNAM.
- MORESO J.J. 2016. *Schauer on Coercion, Acceptance and Schizophrenia*, en «Ratio Juris», 29, 215 ss.
- MUÑOZ MACHADO S. 2015. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (Tomo III)*, Boletín Oficial del Estado.
- NAVARRO P. 1990. *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO P. 2017. *Dinámica y eficacia del derecho*, Fontamara.
- NAVARRO P., MORESO J.J. 1996. *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, en «Isonomía», 5, 119 ss.

- NINO C. 1985. *La Validez del Derecho*, Astrea.
- NINO C. 2005. *Un país al margen de la ley, estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel.
- NOVOA MONREAL E. 1990. *Orfandad de los mitos*, en «No Hay Derecho», 1.
- OLIVER-LALANA D. 2008: *Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario*, en «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 2008, 31, 533 ss.
- OLIVER-LALANA D. 2016. *¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes* en «Lisbon Law Review» LVII, 2, 5 ss.
- PAPAYANNIS D.M. 2021. *El derecho privado como instrumento de la política pública* (inédito).
- PÉREZ SÁNCHEZ M. 2005. *El Estudio de las Políticas Públicas*, Universidad de Granada.
- PETERS G. 1982. *American Public Policy*, Franklin Watts Publishers.
- PINO G. 2013. *Norma giuridica* en PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (Eds.), «Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo», Giappichelli, 144 ss.
- RAZ J. 1985. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM.
- SANDOYA E., SEBRIÉ E., BIANCO E., ARAÚJO O., CORREA A., DAVYT O., ROBALLO L., SENRA H. 2010. *Impacto de la prohibición de fumar en espacios cerrados sobre los ingresos por infarto agudo de miocardio en Uruguay* en «Rev. Méd. Urug.» 26, 206 ss.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap press of Harvard University Press.
- SUBIRATS J., KNOEPFEL P., LARRUE C., VARONE F. 2012. *Análisis y Gestión de las Políticas Públicas*, Ariel.
- TAN C.E., GLANTZ, S.A. 2012. *Association between smoke-free legislation and hospitalizations for cardiac, cerebrovascular, and respiratory diseases: a meta-analysis*, en «Circulation» 126 (18), 2177 ss.
- TUZET G. 2016. *Effettività, Efficacia, Efficienza*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica» XLVI, n. 1, 2016, 207 ss.
- VAN AEKEN K. 2011. *From vision to reality: ex post evaluation of legislation*, en «Legisprudence» 41, Vol. 5 (2), 42 ss.
- VON WRIGHT G. 1970. *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos.
- WALDRON J. 1999. *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press.