

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 21-42
DOI: 10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/01
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

ERRORES Y FRACASOS LEGISLATIVOS

Roberta SIMÕES NASCIMENTO

INTRODUCCIÓN

El error se entiende tradicionalmente como un juicio falso de la realidad que influye decisivamente en la formación y manifestación de la voluntad. Si no fuera por la ignorancia o el falso conocimiento de las circunstancias, el agente actuaría de otro modo. En estos términos, el error suele enfocarse sobre todo en el contexto del Derecho privado, en relación con la responsabilidad civil, especialmente los delitos profesionales (*error médico*, por ejemplo).

En Derecho penal, el error se equipara a la ignorancia, de modo que por *error* se entiende tanto el desconocimiento de un objeto como la falsa representación del mismo. Los sistemas jurídicos no tratan la cuestión de manera uniforme. Los hay que conceden amplia importancia al problema del error —incluso diferenciando entre las especies de *error de hecho* y *error de derecho*— y los que le otorgan total irrelevancia a efectos de la responsabilidad penal del agente.

* Profesora adjunta de la Universidad de Brasilia (UnB), primer puesto en el concurso (2020). Doctora *cum laude* en Derecho por la Universidad de Alicante (España), con tesis dirigida por el Profesor Manuel Atienza. Doctorado y Maestría en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Profesora do Curso de Especialização Bases para una Legislación Racional en la Universidad de Girona (España). Abogada del Senado Federal de Brasil desde 2009.

En Derecho público, el estudio del error se deriva principalmente de la responsabilidad civil del Estado por los errores cometidos por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional. Se trata del *error judicial*, que suele ser indemnizable por disposición constitucional expresa en diversos ordenamientos jurídicos. También en el ámbito del Derecho público ha crecido el interés por el error de los gestores públicos, con la tendencia a establecer su responsabilidad personal solo en los casos de dolo o *error grave*, pero no en los de *error inexcusable*.

El debate sobre los *errores legislativos* es más complejo. En teoría, la noción clásica de *error* como falsa percepción de la realidad (fáctica o jurídica) se extendería al ámbito legislativo. Por lo tanto, también pueden producirse *errores legislativos*, es decir, la falsa representación de la realidad por parte de los legisladores a la hora de redactar las leyes. Sin embargo, tal como se presenta el problema en la literatura, existen diferencias de opinión sobre la responsabilidad civil por actos legislativos, ya que en la mayoría de los sistemas los legisladores están protegidos por la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria.

Además, en rigor, independientemente de la noción imperfecta del mundo, el mero ejercicio de la función legislativa —como cualquier otro acto estatal— puede causar daños. Así, a estos efectos, sobraría la categoría del *error*; y la responsabilidad del Estado podría surgir incluso fuera de la situación de leyes *inconstitucionales* o dictadas con *abuso de poder*. El hecho es que existe una vasta literatura que discute la posibilidad de responsabilidad estatal por actos legislativos en general (parlamentarios o reglamentarios).

No se pretende aquí entrar en este debate específico sobre si procede o no indemnizar por leyes que causan daños o están mal hechas (es decir, si sería posible atribuir imprudencia, negligencia o mala praxis al legislador); por leyes que, a la vista de información empírica más actualizada, se han revelado inútiles (causando así daños desproporcionados); o por leyes que simplemente se han revelado ineficaces porque no han logrado sus objetivos.

El objetivo de este trabajo es analizar *los errores legislativos* desde una perspectiva *más* amplia y descriptiva, en relación con sus *causas* más profundas, a partir de una revisión de la literatura, a la luz de los desarrollos teóricos más recientes, que han añadido una serie de pautas normativas de cuidado y diligencia en la creación de las leyes, exigiendo a los legisladores una atención cada vez mayor a la actividad legislativa típica, utilizando herramientas como los análisis de impacto *ex ante* y *ex post* y las consultas públicas, entre otras.

Las directrices y buenas prácticas exigen que los legisladores basen sus decisiones en hechos, situaciones reales y pruebas empíricas. También se exige que las medidas legislativas sean *proporcionadas* (impongan el menor sacrificio posible), puedan resolver los problemas que pretenden solucionar

(relación adecuada entre medios y fines) y, preferiblemente, estén motivadas. Solo entonces la legislación sería *racional*.

A veces, cuando estas directrices no se siguen en la práctica, la legislación fracasa. Los *fracasos legislativos* son entonces el resultado no solo de la ignorancia o el conocimiento imperfecto por parte de los legisladores (error), sino sobre todo de problemas en su preparación, desviaciones de las prácticas esperadas (la mayoría de las veces las desviaciones son involuntarias, aunque aquí el motor no es relevante para el punto: el fracaso de la legislación) o los resultados de acciones intencionadas que producen consecuencias negativas involuntarias (o de alto coste).

No se puede negar que hay situaciones en las que los fracasos se deben a acontecimientos imprevisibles que sólo se producen una vez promulgada la legislación. Pero el objetivo de este capítulo es presentar los *fracasos legislativos* que se derivan de fallos de planificación, debidos a una atención insuficiente a los arreglos institucionales indispensables para la aplicación o falta de capacidad para adaptarse a imprevistos. Por lo tanto, para tratar estas situaciones, preferimos utilizar el término *fracasos legislativos* en lugar de *errores legislativos*, que se considera más apropiado para el análisis.

En este sentido, el capítulo se ha construido en forma de diferentes «causas» (categorías hipotéticas) de los fracasos legislativos. La lista no sigue ningún orden, por lo que los puntos subsiguientes pueden leerse con relativa independencia unos de otros. Se espera que el conjunto sea coherente; y si no lo es, aunque sea indirectamente, la lista habrá servido para registrar y evitar que los fracasos citados (sobre todo los que pueden evitarse) se repitan en el futuro. La preocupación, pues, sigue siendo el interés por mejorar la calidad y la eficacia de la legislación. El texto termina con una conclusión, que resume los principales argumentos expuestos.

Antes de pasar a la lista propiamente dicha, la siguiente sección aborda brevemente algunas nociones importantes que el evaluador debe tener en cuenta para no incurrir en correlaciones espurias o conclusiones incorrectas sobre la legislación evaluada.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EVALUAR LA LEGISLACIÓN

Las leyes son el centro de gravedad en torno al cual gira el Estado de Derecho. Sin embargo, a veces la legislación no alcanza los objetivos previstos en el mundo real. La idea de *fracaso legislativo* se asocia, por tanto, a la legislación que no ha logrado los resultados que se esperaban de su promulgación o que, aunque ha avanzado en esa dirección, lo ha hecho a un gran coste o con

efectos secundarios indeseables, o incluso a la noción de legislación que ha provocado retrocesos en la situación que pretendía resolver. Esto demuestra que las leyes pueden fracasar de varias maneras.

El fracaso legislativo no siempre es inmediato, y puede producirse más tarde. GODDARD (2022: 11) cita el ejemplo de un impuesto sobre las ventanas promulgado por el Parlamento inglés en 1696. Calculado sobre la base del número de ventanas de una casa, el impuesto produjo inicialmente ingresos sustanciales, pero con el tiempo los ingresos generados disminuyeron. Los propietarios de las casas existentes las remodelaron para tapar las ventanas (el autor pone incluso una foto de una casa típica *heredera* de este impuesto). Las casas nuevas se construyeron con pocas ventanas.

Esto provocó una reducción de la ventilación y la luz en muchos hogares. La medida recaudatoria fue perdiendo eficacia con el tiempo y exacerbó la propagación de enfermedades y causó, o aceleró, muchas muertes (GODDARD, 2022: 12). Aun así, el impuesto sobre las ventanas sobrevivió en Inglaterra hasta 1851. Como puede verse, las leyes que resultan en un fracaso legislativo no siempre son efímeras.

Además, la evaluación del fracaso legislativo presenta dificultades epistemológicas y metodológicas. No se trata de una evaluación exacta o estrictamente objetiva, que requiera un simple contraste entre los objetivos anunciados y lo que realmente se ha conseguido. A veces, el cambio del contexto fáctico —el cambio de la realidad en la que se inserta la legislación— desempeña un papel importante, cuyos impactos no pueden pasarse por alto a la hora de analizar cualquier (in)éxito legislativo.

ELLERY JR. *et al.* (2018: 377) dan un ejemplo hipotético que ilustra esta situación: imaginemos que se aprueba una legislación con un programa para animar a los consumidores a pedir facturas. Si luego el país entra en crisis, podría ocurrir que los ingresos hubieran disminuido, aunque el programa hubiera tenido éxito. Así, el diseño de la legislación, aunque sea adecuado, puede dejar de ser satisfactorio debido a los cambios en el contexto económico. Por eso hay que tener en cuenta varias variables a la hora de evaluar la legislación.

Por regla general, la principal estrategia para llevar a cabo la evaluación legislativa consiste en comparar la unidad objeto de la legislación (por ejemplo, familia, empresa, ciudad, región, etc.) con otras unidades no afectadas, o comparar unidades antes y después de la política, o incluso combinaciones de comparación a lo largo del tiempo y entre otras unidades (IMBENS y WOOLDRIDGE, 2009). Naturalmente, estas comparaciones no suelen ser sencillas y algunas de las técnicas de evaluación pueden verse obstaculizadas por un número reducido de unidades tratadas o de comparación, así como por la ausencia de realidades paralelas para verificar el *contrafactual*.

El contrafactual se refiere a lo que habría ocurrido en ausencia del suceso. Por ejemplo, si un puente se derrumba como consecuencia de un accidente, lo contrafáctico sería que el puente no se hubiera derrumbado. En el caso de la legislación, el contrafactual es lo que habría ocurrido sin la legislación. Sin embargo, la contrafactualidad del mundo nunca se observa realmente; simplemente se estima, normalmente a partir de un *grupo de control* (o *grupo de comparación*) que es estadísticamente idéntico al *grupo de tratamiento* (formado por los participantes, en este caso los afectados por la legislación). A partir del *grupo de control*, no afectado por el programa, será posible elaborar una estimación del resultado contrafactual (no se puede establecer el verdadero impacto).

Además, para evaluar el efecto de un programa, es necesario tener clara la diferencia entre *correlación* y *causalidad*. La correlación es una medida estadística que describe la fuerza o el grado en que dos variables están relacionadas, es decir, cómo la presencia de una variable puede afectar al comportamiento de la otra variable analizada. La causalidad, por su parte, significa la existencia de un vínculo material entre una variable (la causa) y el resultado concreto observado. La correlación no implica necesariamente causalidad.

La confusión entre estos conceptos es a menudo la fuente de conclusiones erróneas sobre los efectos de la legislación, y esta confusión también puede conducir a la desorientación. Baste recordar el ejemplo que se acaba de mencionar de ELLERY JR. *et al.* (2018) —del programa de fomento de la emisión de facturas—, que plantea un problema de evaluación de la causalidad.

Una vez hechas estas explicaciones preliminares, pasamos a indicar los principales problemas asociados a los fracasos legislativos.

2. IDENTIFICACIÓN ERRÓNEA DEL PROBLEMA; FORMULACIÓN DE DIAGNÓSTICOS INCOMPATIBLES CON LA REALIDAD; ENUNCIACIÓN DE PREOCUPACIONES GENÉRICAS QUE CARECEN DE COHERENCIA Y NO SE BASAN EN ESTUDIOS ELABORADOS CON ARREGLO A CRITERIOS OBJETIVOS

Esta causa del fracaso legislativo de algunas leyes subyace a la premisa básica de que la legislación tiene la función de resolver problemas.

Si antes no se identifica correctamente el problema original, la legislación tiene pocas posibilidades de ofrecer una solución eficaz. Según GOUVIN (1994: 1284), el encuadre de los problemas que recibirán atención legislativa y la selección de las respuestas adecuadas son aspectos a los que a menudo se presta poca atención. El encuadre del problema, en particular, es la etapa que sirve para sentar las bases sobre las que se redactará la propuesta legislativa. A

partir de ahí, los legisladores evaluarán la idoneidad de la solución propuesta para resolver el problema.

La advertencia podría parecer trivial si no fuera por la propensión de los parlamentarios a proponer soluciones antes de comprender adecuadamente los problemas subyacentes, ya sean sociales, económicos o de otro tipo. En la mayoría de los casos, el proceso legislativo comienza con una propuesta de solución y los debates parlamentarios giran en torno a estas alternativas legislativas sugeridas, más que al problema en sí. Las mejoras introducidas en el curso del proceso casi nunca van encaminadas a definir el problema, a delimitar el fenómeno que la legislación pretende corregir.

En algunas situaciones, ni siquiera es posible decir que el proyecto de ley se elaboró para responder a un problema concreto. Por ejemplo, la *Lei do Estado de São Paulo n.º 16.270*, de 5 de julio de 2016, que obliga a que las personas que se hayan sometido a cirugía bariátrica o a cualquier otra gastroplastia reciban un descuento o media ración en restaurantes o similares, y establece otras disposiciones. Si el debate hubiera avanzado para exigir una articulación explícita y coherente del problema que se pretendía resolver con el proyecto de ley, tal vez la legislación habría tomado otra forma o no se habría aprobado.

Según la justificación dada, la propuesta pretendía posibilitar que las personas con estómago reducido participaran normalmente en las comidas, pagando un precio justo en función de lo que realmente fueran a consumir. Esta ley fue finalmente declarada inconstitucional por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, por violar la competencia de la Unión para legislar en materia de derecho mercantil (art. 22, inciso I, de la Constitución brasileña de 1988) y por atentar contra la libre empresa (art. 170). Sin embargo, el ejemplo sigue siendo válido para demostrar la importancia de lo que aquí se señala: la no utilización de la metodología adecuada llevó a la aprobación de una ley sin un problema claro.

Otras leyes similares a la que acabamos de mencionar pueden encontrarse en COSTA (2021).

Una de las dificultades que entraña la identificación de un problema es que *lo que es* un problema es subjetivo y puede variar según la perspectiva de la persona que lo define. En palabras de GOUVIN (1994: 1327), los problemas no existen *en abstracto*, sino en referencia a un conjunto de valores que clasifican un fenómeno concreto como problemático. Como cada individuo (o grupo) tiene su propio conjunto de valores, un mismo fenómeno puede representar un problema para una persona (o grupo), pero no para otra.

Citemos un ejemplo concreto que ayuda a ilustrar este obstáculo: la cuestión de la *requisita íntima* de los visitantes que ingresan en las cárceles, objeto de la *Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 7.010*, de 25 de mayo de 2015, que prohibió el registro corporal íntimo en las cárceles del estado de Río de Janeiro. Para un

sector predominante, el registro corporal íntimo es vejatorio, humillante, vergonzoso e inadmisibile; se afirma que en varias prisiones habría obligación de realizar varias sentadillas, independientemente de la edad avanzada del visitante.

Por otro lado, hubo quien argumentó que no todo el registro corporal íntimo es degradante, ya que existen métodos menos invasivos; que hay situaciones en las que es *necesaria*, sobre todo en ausencia de escáneres y máquinas de rayos X, y también excepcionalmente ante denuncias anónimas, por ejemplo. Por si fuera poco, también hubo quien dijo que el registro corporal íntimo serviría para *proteger a* los visitantes, especialmente a las mujeres, que tendrán la excusa perfecta para no llevar en su interior objetos, productos o sustancias prohibidas por la ley o que pongan en peligro la seguridad del centro penitenciario. En caso de que el registro corporal íntimo lo confirmase, habría castigo.

Como puede verse, un mismo dato de realidad puede parecer problemático a unos, pero no a otros. Por eso formular el problema implica identificar, implícita o explícitamente, los valores ofendidos por el fenómeno en cuestión. La identificación del problema también debe tener en cuenta sus *causas y condiciones*, es decir, debe estar en relación con un problema *concreto*. No identificar los problemas obstaculiza el proceso legislativo y dificulta la evaluación de la medida propuesta en el proyecto de ley.

El *encuadre* del problema tiene un efecto importante en la evolución del proyecto de ley. Puede incluso determinar la solución propuesta y, aunque no se convierta en legislación, tiene poder de permanencia y puede moldear el curso de futuras negociaciones sobre el contenido del proyecto de ley (GOUVIN, 1994: 1341). Como ya se ha indicado, es poco probable que el curso de los debates cambie el *encuadre* del problema. Los posibles cambios solo suelen afectar a las propuestas para resolverlo. En función del *encuadre*, la consideración de alternativas políticas puede verse comprometida.

Una identificación correcta implica diferenciar un problema *real* de un problema *percibido*. Hay que tener cuidado de no intentar encajar los hechos en una determinada visión del mundo. Dada la escasez de tiempo y recursos, dedicarse a cuestiones que no son *problemas reales* es una pérdida de oportunidades.

Una de las formas de mitigar estos obstáculos es exigir una cuidadosa evaluación *ex ante* de la cuestión; exigir que los diagnósticos de la realidad se basen en datos fiables, en estudios elaborados, si no con arreglo a métodos científicos, al menos con criterios objetivos. No hay que subestimar la falta de recopilación de información pertinente.

Prestar atención a esta causa de los fracasos legislativos también podría evitar algunas leyes simbólicas, que no tienen nada que ver con la resolución real de los problemas. Estas leyes básicamente contienen declaraciones po-

líticas o reconocen ciertas causas. Por ejemplo, en Brasil, la *Lei n.º 14.489*, de 21 de diciembre de 2022, que modifica la *Lei n.º 10.257*, de 10 de julio de 2001 (Estatuto de la Ciudad), para prohibir el uso de técnicas de construcción hostiles en espacios abiertos de uso público.

Apodada *Ley Padre Júlio Lancelotti* —en honor a un religioso que promovió obras sociales en la ciudad de São Paulo y fue célebre por utilizar un mazo para retirar piedras afiladas instaladas bajo un viaducto— esta ley estableció como directriz general de política urbana la promoción de la comodidad, el abrigo, el descanso bienestar y accesibilidad en el disfrute de los espacios abiertos de uso público, su mobiliario y sus interfaces con los espacios de uso privado, prohibiendo el uso de materiales, estructuras, equipos y técnicas de construcción hostiles que tengan como objetivo o resultado la eliminación de personas sin hogar, ancianos, jóvenes y otros segmentos de la población.

Al establecer una prohibición negativa (*no hacer*), y además sin definir claramente lo que se califica de *hostil* (la definición legal es circular), resulta difícil medir la eficacia de la ley.

3. MALA DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS; DESDE UN PUNTO DE VISTA TELEOLÓGICO, PENSAR EN LAS CONSECUENCIAS A CORTO PLAZO, IGNORANDO LAS A LARGO PLAZO; FIJAR OBJETIVOS VAGOS O NO FIJAR NINGÚN OBJETIVO

La categoría más recordada de fracasos legislativos es la legislación que no logra alcanzar los objetivos de la ley, lo que presupone la definición previa de dichos objetivos. Sin embargo, hay situaciones en las que los objetivos están mal definidos o ni siquiera existen, en contra de la premisa básica de la legislación racional según la cual las leyes deben servir para alcanzar fines. Se trata de casos de fracaso legislativo, porque cualquier reflexión sobre el éxito se ve comprometida por esta falta de preparación de la legislación.

Sin embargo, el objetivo puede alcanzarse, pero viene acompañado de consecuencias indeseables que no aparecen hasta más tarde. El fracaso legislativo en este caso es mediano y se da por la incapacidad de pensar en las consecuencias a largo plazo de la legislación. Recordemos el ejemplo de GODDARD (2022: 24) del impuesto inglés sobre las ventanas. La legislación funcionó bien al principio, pero la gente cambió su comportamiento debido al instinto natural de evitar el pago de impuestos.

Para evitar este fracaso, los legisladores tienen que calcular cuáles serán las consecuencias de la legislación a largo plazo, especialmente cómo reaccionará la gente ante las decisiones legislativas.

La *miopía* legislativa es un tema frecuente en la serie de fracasos legislativos. Lo que resulta aún más sorprendente es el hecho de que, a pesar de los repetidos fracasos, ciertas medidas siguen repitiéndose a lo largo de la historia. Recordar la ocurrencia de algunas de estas situaciones es un intento de aprender de los fracasos anteriores.

Un primer ejemplo típico son los controles de precios y salarios. No existen episodios en los que esta medida haya logrado contener la inflación o sor-tear el problema de la escasez de productos. Como detallan SCHUETTINGER y BUTLER (2020), esta medida se ha intentado durante 4.000 años en diversos momentos históricos y económicos, y la recopilación muestra una secuencia de fracasos repetidos. En lugar de frenar la inflación, los controles de precios generan mercados paralelos y escasez.

Desde un punto de vista económico, los controles de precios aumentan la brecha entre la oferta y la demanda, sin abordar la verdadera causa de la inflación, provocada por el aumento de la emisión de dinero, en mayor proporción que el aumento de la producción (SCHUETTINGER y BUTLER, 2020: 15). Resulta que, por un breve momento, la política de control de precios controla los efectos de la inflación. El problema está a medio y largo plazo: con el tiempo, el control deja de ser una medida eficaz.

El hecho es que la causa del fracaso en cuestión reside en la adopción de políticas a corto plazo con consecuencias negativas a largo plazo. MENDES (2022: 13-14) pone el ejemplo de la utilización del gasto público para generar crecimiento. Resulta que, en realidad, el crecimiento se deriva de un aumento de la productividad. La idea errónea es que, si el gobierno gasta más, aumentan la renta y el consumo de los hogares, lo que a su vez lleva a las empresas a invertir más. A más largo plazo, lo que hace esta medida es aumentar el *déficit* público, los tipos de interés, la inflación y provocar una recesión.

El mismo tipo de dificultad surge cuando se conceden ventajas fiscales a determinados sectores (que están en crisis, por ejemplo). Esto suele dar lugar a empresas improductivas que sólo existen porque pagan menos impuestos. Esta cuestión se repite cada vez que existe una presión a corto plazo para que se adopten soluciones urgentes, de modo que se pide a la clase política que dé respuestas rápidas a problemas complejos (MENDES, 2022: 15). Para adoptar políticas con efectos beneficiosos a largo plazo, hay que resistirse al clamor por soluciones inmediatas o simplistas.

La reflexión conduce a fracasos legislativos del tipo que agravan el problema que pretendían resolver. El fallo no está relacionado con la definición del problema, sino con el aspecto dinámico de la legislación ya mencionado. De nuevo, los ejemplos proceden de GODDARD (2022: 25): a finales del siglo XIX, el gobernador de Delhi, deseoso de exterminar el gran número de serpientes venenosas que había en la ciudad, promulgó una ley que ofrecía una recom-

pensa por las pieles de serpiente. El objetivo era fomentar la caza y reducir la población de serpientes. Sin embargo, los habitantes de la ciudad empezaron a *criar* serpientes en lugar de matarlas para ganar la recompensa.

Cuando se vio que el programa costaba mucho más de lo previsto y no generaba una reducción del número de serpientes en Delhi, se puso fin a las recompensas. Las serpientes criadas, que habían perdido su valor, fueron liberadas por sus creadores, y el resultado final fue un aumento de la población de serpientes y un despilfarro de fondos públicos.

Este escenario se repitió en Hanoi a principios del siglo xx, con el problema de las ratas en las alcantarillas de la ciudad. Asimismo, el gobierno ofreció una recompensa por las colas de las ratas. Pronto surgieron granjas de ratas en las afueras de la ciudad y, en lugar de matarlas, los cazadores de recompensas simplemente les cortaban la cola y las dejaban vivas para que se reprodujeran y generaran más oportunidades de recompensa GODDARD (2022: 25). La sucesión de acontecimientos y los resultados fueron idénticos: gasto cada vez mayor en recompensas, ningún progreso en la reducción del número de ratas, cancelación de la recompensa, liberación de las ratas reproductoras y empeoramiento del problema original.

En la misma línea se sitúa la prohibición del *Hoy no circula* aprobada en Ciudad de México en 1989. Según el número de la matrícula, los coches quedaban restringidos a un determinado día de la semana con el fin de reducir los atascos y la contaminación atmosférica. Como consecuencia, muchas familias acabaron comprando un segundo coche para desviar la prohibición, que suele ser más barato, antiguo y contaminante. Así pues, la legislación agravó los problemas que pretendía resolver. Este caso fue estudiado por ESKELAND y FEYZIOGLU (1997) y DAVIS (2008). El cambio en el comportamiento de las familias no estaba previsto por los legisladores. Aunque ineficaces, existen medidas similares en otras ciudades latinoamericanas, como São Paulo (Brasil), por ejemplo.

En todos estos episodios que acabamos de mencionar, la legislación fracasó porque sus planificadores ignoraron los efectos dinámicos o las consecuencias a largo plazo de los incentivos creados por la nueva legislación. Para anticiparse a todo esto, la legislación debe concebirse en términos dinámicos, no estáticos. Los planificadores deben basarse en los avances de la economía del comportamiento, plantearse las preguntas pertinentes y avanzar en la predicción de las consecuencias.

Uno de los ejemplos que encaja tanto con la causa del fracaso legislativo anterior (identificación errónea del problema) como con la falta de fijación de objetivos que ahora se debate es la denominada *Truth-in-Lending Act* (Pub. L. 90-321, actualmente 15 U.S.C. 1601 *et seq*). Se han establecido tres objetivos básicos: 1) estabilizar la economía aumentando el uso informado del crédi-

to; 2) permitir a los consumidores comprar en las condiciones crediticias más favorables; y 3) proteger a los consumidores frente a cargos inexactos y desleales. El primer objetivo (estabilización económica) es demasiado ambicioso para ser evaluado adecuadamente y permitir extraer una conclusión sobre el éxito o no de la legislación. El caso fue diseccionado por RUBIN (1991).

La definición de los objetivos o la finalidad de la ley se consigue respondiendo a las siguientes preguntas: ¿cuál es el resultado deseado de la legislación? ¿Cómo tendrá que cambiar el comportamiento de los agentes pertinentes para que se consiga ese resultado? (GODDARD, 2022: 156). Al mismo tiempo, el ejercicio analítico debe avanzar hacia preguntas del tipo: ¿cómo es probable que la legislación propuesta funcione en la práctica? ¿Qué cambiará en comparación con el *statu quo*? ¿Qué aspectos del escenario posterior a la legislación son difíciles de predecir con una confianza razonable? (GODDARD, 2022: 158).

Todas las consideraciones hasta aquí expuestas son importantes porque, sin conocer previamente el objetivo de la legislación, no es posible hablar de su eficacia. Para reducir el riesgo de fracaso legislativo, hay que analizar cuidadosamente si la legislación es capaz de alcanzar el estado de cosas deseado (factibilidad); si los medios empleados son adecuados al fin propuesto (adecuación de los medios a los fines). Para ello, es necesario identificar con precisión cuál era la finalidad de la legislación (sin perjuicio, por supuesto, de identificar correctamente el problema que pretendía resolver, como ya se ha señalado).

4. NO TENER EN CUENTA QUE LA POLÍTICA INFLUYE EN LA DECISIÓN; BASAR LA EXPLICACIÓN DEL FRACASO LEGISLATIVO EN EL PROCESO POLÍTICO; EN UNA DEMOCRACIA, LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LEGISLACIÓN IMPLICA UNA ADAPTACIÓN NEGOCIADA DE INTERESES

En las democracias, se espera que el poder legislativo represente, debata y tenga en cuenta las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos. Esto significa que la legislación es el resultado de este proceso de adaptación negociada de intereses. Esto se aplica tanto a la redacción de la propia legislación como a su posterior evaluación. En los procesos legislativos intervienen diversos actores que deben cooperar entre sí para alcanzar el fin deseado.

Es bien sabido que hay arreglos institucionales que son más propicios para dicha cooperación, y este es un tema que ha sido ampliamente explorado en la literatura, señalando el efecto de las diferentes instituciones en los sistemas democráticos (por ejemplo, PAYNE: 2006).

No estamos sosteniendo que exista un arreglo institucional ideal o único para llevar a cabo la labor de redacción de leyes. Simplemente se subraya que un enfoque estrictamente tecnocrático de la formulación legislativa —que ignora las fases de discusión, acomodación, negociación y deliberación— desatiende el contexto más amplio de la política parlamentaria, que es ineludible en la elaboración de la legislación. La planificación legislativa que se abstiene de prever cómo puede influir la política en la decisión tiende a fracasar.

Diseñar la legislación pasando por encima de las preferencias políticas de los representantes, que reflejan sus bases electorales y tienden a reflejar las creencias y costumbres arraigadas de la sociedad, puede resultar un fracaso y, a veces, la legislación ni siquiera llega a ser aprobada por los parlamentarios.

En teoría, la legislación tiende a ser mejor cuando las cámaras legislativas desarrollan la capacidad de formularla y cuando participan constructivamente en la formulación de las políticas nacionales, en lugar de limitarse a adoptar un papel servil en el que solo aprueban recomendaciones supuestamente basadas en criterios estrictamente técnicos y neutrales de tecnócratas (en la práctica, un pequeño grupo de funcionarios) o en los deseos del poder ejecutivo.

La politización del proceso legislativo es, por tanto, algo no solo inevitable, sino totalmente deseable. El proceso legislativo funciona como un escenario para el debate público. Es la única manera de permitir el acuerdo entre fuerzas opuestas y diferentes grupos de partes interesadas y de garantizar que la legislación refleje un abanico más amplio de perspectivas.

La falta de una participación más activa por parte de los poderes legislativos puede dar lugar a una legislación poco ajustada a las necesidades o demandas reales de los intereses de la sociedad. A medio y largo plazo, esto significa que la legislación carece del consenso mínimo y se vuelve políticamente insostenible y/o se aplica de forma ineficaz o injusta (STEIN *et al.*, 2006: 42).

Trasladando la idea al campo de la teoría política, se trata de la vertiente *deliberativista*, en la que la democracia es un valor *per se* y, al mismo tiempo, el medio para tomar decisiones que vincularán a la comunidad, dadas sus ventajas para generar ideas nuevas y superiores. La finalidad del proceso legislativo y del debate parlamentario sigue siendo encontrar soluciones *viabes* a los problemas sociales, siempre que se cumplan ciertas condiciones previas: un debate público abierto, sincero y racional (ACKERMAN, 1980; COHEN, 1967; DRYZEK, 1980; GUTMANN y THOMPSON, 1996). Estos serían los requisitos para el éxito legislativo.

El objetivo aquí no es profundizar la medida en que estas condiciones se cumplen realmente en la práctica, sino simplemente señalar este hecho: la legislación implica una cuestión de acción colectiva, lo que debe tenerse en

cuenta a la hora de redactar la legislación. En la mayor parte de la literatura, este ámbito de la política no se tiene en cuenta.

A su vez, siempre dentro de la teoría deliberativa, el fracaso se produce cuando los cauces de debate están limitados de algún modo, o cuando un gran número de ciudadanos se niega a participar en el debate o se aferra a opiniones irracionales (ELY, 1980; FISHKIN, 1991; HABERMAS, 1996; SUNSTEIN, 1993). El fracaso legislativo se produciría invariablemente si el debate parlamentario está distorsionado o restringido.

Es cierto que algunos autores —por ejemplo, ZAPATERO (2009: 114)— tienen pocas esperanzas en las capacidades de los parlamentos en este sentido¹. De hecho, los parlamentarios no suelen seguir en sus debates la ruta tradicional deseable: definir el problema, analizar sus causas, investigar las posibles soluciones, evaluar las opciones y elegir después la mejor.

En el mundo real, los parlamentarios no disponen ni de los conocimientos ni del tiempo necesarios para llevar a cabo un análisis tan sosegado. Para GOUVIN (1994: 1283), sin embargo, la incapacidad de los legisladores para encontrar soluciones viables se debe a la falta de utilización de la metodología de resolución de problemas en cuestión o del método legislativo tratado por RUBIN (1991).

Esta línea de razonamiento de estos dos autores acaba reduciendo el problema a una única causa: la razón del fracaso de la legislación sería el proceso político. Desde esta perspectiva, los fracasos serían inevitables; cualquier esfuerzo legislativo estaría condenado al fracaso a menos que sorteara los engranajes de la influencia política. Sin embargo, este no parece ser el único origen de los fracasos legislativos.

En este sentido, la evaluación de la legislación tras un cierto período de aprobación es un recurso de aprendizaje organizativo, destinado a orientar, clarificar, convencer y alinear a los actores implicados en las políticas públicas. No es (o al menos no debería ser) una actividad de auditoría (inspección certificadora), como expediente para castigar o premiar a organismos, equipos o programas. El objetivo de la evaluación es comprender «cómo» se están desarrollando las políticas públicas, así como el «por qué» de lo bien o mal que están funcionando.

Una vez realizadas las evaluaciones, corresponde al Poder Legislativo analizar los datos empíricos y jurídicos que subyacen al pronóstico legislativo

¹ En sus propias palabras: «El Parlamento puede mejorar técnicamente un buen proyecto de ley; pero difícilmente puede mejorar uno malo. Por tanto, si queremos mejorar la calidad de nuestras leyes, el mayor esfuerzo debe concentrarse en redactarlas antes de devolverlas a las Cámaras; e incluso antes de que empiecen a redactarse legalmente. Aquí es donde se aplica plenamente la metodología sugerida». (ZAPATERO, 2009: 114).

y repensar los intereses involucrados a partir de las nuevas condiciones de la realidad post-legislativa. En esta lógica, si el poder legislativo es esencial en el proceso de formulación de políticas, también lo es a la hora de analizar la información producida en el contexto de la evaluación de esas mismas políticas públicas. No hay forma de «despolitizar» ambas actividades.

Sin perjuicio de ello, lo que sí puede hacer la planificación es anticipar algunas cuestiones críticas típicas del debate parlamentario, por ejemplo, como sugiere GODDARD (2022: 190):

- a) ¿A quién pretende beneficiar la legislación?
 - a. Identifique a los grupos a los que la legislación pretende beneficiar.
 - b. Identifique los beneficios que cada uno de estos grupos quiere conseguir.
 - c. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de estos diferentes grupos/beneficios?
- b) ¿Qué prestaciones desean estos beneficiarios?
 - a. Identifique los criterios que debe cumplir una persona para tener derecho a las prestaciones previstas en la legislación.
 - b. ¿Cuáles son las implicaciones de estos criterios para la complejidad de la legislación, la previsibilidad de su funcionamiento, la facilidad de acceso a estas prestaciones para los beneficiarios previstos y el coste de aplicación del régimen?

Estos son solo algunos ejemplos de preguntas, y para cada respuesta se trata de tener una justificación plausible.

5. FALTA DE CONSIDERACIÓN DE VÍAS ALTERNATIVAS PARA LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA; ENFOQUE PUNITIVISTA, APLICACIÓN COERCITIVA O NECESIDAD DE QUE INTERVENGAN LOS TRIBUNALES PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN

En esta causa de fracaso legislativo, la planificación de la legislación no amplía el abanico de alternativas capaces de resolver el problema subyacente y tiende a *priorizar* un único camino. Evitar este fracaso pasa por establecer las diferentes vías para alcanzar el objetivo concreto que se pretende conseguir con la legislación. También debe tenerse en cuenta el escenario de *no acción*, es decir, sin la aprobación de opciones normativas. Además de enumerar cada uno de los diferentes enfoques legislativos, conviene establecer los costes y beneficios asociados a cada una de las opciones consideradas.

Para ilustrar este tipo de fracaso en términos de falta de *creatividad* legislativa, podemos mencionar el debate sobre la seguridad de los automóviles a

la luz de una legislación centrada exclusivamente en el comportamiento de los conductores.

En este sentido, se produjo un importante cambio de perspectiva con la aprobación de la *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* de 1966. Para prevenir los accidentes de tráfico, en lugar de centrarse únicamente en el *conductor*, la legislación cambió de perspectiva y empezó a dirigirse sobre todo a *los fabricantes de vehículos*, para que construyeran vehículos más seguros que protegieran mejor a sus ocupantes en caso de accidente. La atención pasó a centrarse en la promoción de tecnologías de prevención de colisiones o en la modificación del vehículo (entorno) para que la interacción entre el pasajero (huésped) y las fuerzas de deceleración de los accidentes (agente) produjera menos traumatismos. El caso es analizado por MASHAW y HARFST (1987).

La lectura de los autores, sin embargo, es que hubo un éxito en medio de un fracaso. Esto se debe a que la *National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)* —la agencia reguladora encargada de promulgar normas adicionales para forzar la tecnología de diseño de seguridad de los automóviles— acabó encontrando importantes dificultades para defender su normativa en los tribunales. Los tribunales exigían a menudo a la NHTSA un nivel de certeza científica difícil de alcanzar respecto a la eficacia de las normas de seguridad, lo que dificultaba la aplicación del mandato legislativo de 1966.

Sin embargo, en compensación, la NHTSA empezó a obligar a *retirar del mercado* los vehículos de motor que contenían defectos relacionados con la seguridad. Durante la década 1976-1985, la NHTSA supervisó la retirada (*recall*) de más de la mitad de los vehículos estadounidenses vendidos nuevos. Los tribunales consideraron que las *llamadas a revisión* eran menos intrusivas. Así, la actuación de los tribunales acabó influyendo en la acción reguladora hacia la adopción de medidas correctoras dirigidas a productos defectuosos específicos (*retiradas*).

Para MASHAW y HARFST (1987: 313), el éxito de la NHTSA a la hora de conseguir retiradas fue positivo, pero no compensó totalmente su fracaso a la hora de promulgar normas de seguridad automovilística. Aun así, el caso revela un importante proceso de aprendizaje por el que se abandonaron algunos de los ambiciosos objetivos de la ley de 1966, especialmente el intento de configurar activamente el futuro de la seguridad automovilística mediante la regulación. Aun así, cabe añadir aquí que el caso también muestra un importante cambio en el enfoque de la intervención legislativa.

En esta línea, para reducir el riesgo de fracaso legislativo es necesario considerar enfoques alternativos. Preferiblemente con un examen de si ya se han intentado (probado) en otros lugares, con los resultados y la relevancia de esta experiencia para el problema específico (GODDARD, 2022: 155). GODDARD (2022: 157-158) sugiere formular las siguientes preguntas analíticas:

- a) ¿Existe algún modelo internacional bien establecido y de éxito que deba utilizarse como punto de partida para la legislación propuesta?
- b) ¿Qué precedentes existen en sociedades comparables para el enfoque propuesto y adoptado en la legislación?
- c) ¿Tuvo éxito el planteamiento en estas otras sociedades? ¿Cómo podemos saberlo?
- d) ¿Se trasladará el éxito en otros lugares al entorno social, económico e institucional de su sociedad?

La búsqueda de vías alternativas también implica diversificar los instrumentos que pueden utilizarse en cada caso. La técnica tradicional de utilizar normas de mando y control puede dar paso a otras opciones de aplicación, como la negociación, el convencimiento y la persuasión (HOOD, 1986; HOWLETT, 2005). Existen diversos medios gubernamentales para estructurar la respuesta al problema, incluidos los que no son necesariamente legislativos, como la concesión de subvenciones (incentivos), las campañas de información, etcétera.

Los instrumentos tampoco tienen que ser necesariamente punitivos (acompañados de sanciones, ya sean económicas o restrictivas de derechos o libertades), esto depende del grado de coerción deseado. Eventualmente, los instrumentos también pueden ser mixtos; todo ello para garantizar el mejor diseño de la legislación.

En este sentido, además de no considerar alternativas, la elección equivocada de las herramientas de aplicación puede conducir a fracasos legislativos. A continuación, se analizan algunos ejemplos históricos de este fracaso.

La *War on Drugs* fue una política adoptada por Estados Unidos en la década de 1970 con el objetivo de reducir el tráfico y el consumo de drogas ilícitas. La guerra contra las drogas es una metáfora que asocia el consumo de drogas con una amenaza para la seguridad nacional. El principal objetivo de la *Guerra contra las Drogas* era combatir el tráfico y el consumo de drogas mediante la adopción de estrictas medidas punitivas. Los resultados de la *Guerra contra las Drogas* incluyeron un aumento de la población carcelaria, aunque la tasa de consumo de drogas se mantuvo estable (o aumentó en ciertos periodos). Se dice que las razones del fracaso están asociadas al enfoque exclusivamente punitivo, a la aplicación desigual de las leyes (afectando más intensamente a afroamericanos y latinos) y a la falta de atención a las medidas preventivas y de tratamiento en términos de salud pública.

La *política del hijo único* se implantó en China en 1979, con el objetivo de controlar el crecimiento demográfico del país y reducir la presión sobre los recursos naturales y los servicios públicos. Sin embargo, las evaluaciones señalan que la política ha provocado un importante desequilibrio entre hombres y mujeres, el envejecimiento de la población y violaciones de los derechos

humanos. Entre las razones que contribuyen al fracaso están: la aplicación coercitiva, la falta de respeto a los derechos individuales (libertad de elección y planificación familiar) y la ausencia de políticas de apoyo a la familia. India—que también se enfrenta a problemas de superpoblación, ha adoptado políticas menos coercitivas y ha invertido en programas de planificación familiar y educación— ha conseguido evitar algunos de los problemas experimentados por China.

Desde 1985, las zonas rurales pueden tener un segundo hijo. En 2015, el gobierno empezó a permitir que todas las familias, independientemente de la región, tuvieran dos hijos.

De hecho, incluso dentro de esta causa de fracaso legislativo, se encuentra la situación en la que, debido a la complejidad de la legislación, su aplicación requerirá la actuación de los tribunales. GODDARD (2022: 18, 84) cita el ejemplo de la reforma de 2001 de la ley que regula la división de bienes entre parejas en Nueva Zelanda: la norma otorgaba a los tribunales el poder de decidir sobre demandas relacionadas con la disparidad de ingresos tras la separación, causada por la división de roles en el seno de la familia. La legislación se centraba en la situación en la que, debido a la separación, el capital humano y la capacidad de ganancia de uno de los miembros de la pareja (casi invariablemente el hombre) aumentaban y el capital humano y la capacidad de ganancia del otro (casi invariablemente la mujer) disminuían.

El nuevo régimen, sobre todo debido a la generalidad de la cláusula de disparidad económica, era complejo y opaco. Además, fue administrado por los tribunales de una forma que hizo que su aplicación fuera lenta y costosa, ya que ahora se requerían pruebas periciales sobre el potencial de ingresos real y contrafactual (GODDARD, 2022: 84). Como resultado, la reforma legislativa se convirtió en *papel mojado*. En la práctica, supuso un obstáculo para la eficacia de la legislación, ya que para verla aplicada había que acudir a los tribunales e incurrir en gastos. Quienes más podrían haberse beneficiado de la legislación (principalmente las mujeres) fueron precisamente quienes más dificultades tuvieron para invocarla.

6. LA ADOPCIÓN DE UNA COMUNICACIÓN ADECUADA ES UN PASO IMPORTANTE PARA EL ÉXITO DE LA LEGISLACIÓN

Como ya se ha visto, según las buenas prácticas y las orientaciones teóricas, el proceso de elaboración de la legislación debe pasar por una serie de etapas analíticas, que implican: definir el problema; saber qué acciones se han tomado (o no) anteriormente para resolverlo; enumerar las alternativas disponibles o posibles; deliberar y elegir la mejor opción; adoptar y aplicar la legislación; evaluar los resultados obtenidos; y decidir si se revisa o modi-

fica la legislación. Estas actividades coinciden con el ciclo tradicional de las políticas públicas, cuyo proceso, como es bien sabido, no es tan lineal como sugiere la lista anterior.

Todas las fases de este proceso legislativo están impregnadas de argumentación, que es la clave. La *comunicación* sobre cada una de estas fases es un elemento que, aunque no figure en la lista, es clave para dar visibilidad y arrojar la luz adecuada sobre la consecución de los objetivos. Subestimar la necesidad de la retórica y el desarrollo de las habilidades comunicativas necesarias para redactar la legislación es uno de los factores que pueden contribuir a los fracasos legislativos.

Una comunicación adecuada de la propuesta legislativa formaliza los conceptos y permite avanzar en los debates. Debe abarcar tanto el contexto como el proceso. Se trata de la capacidad de los formuladores para explicar y defender el plan de acción; de empaquetar la propuesta de forma que resulte persuasiva en el debate público. En la redacción de legislación, lo que no se puede redactar o explicar de forma sencilla y convincente tiende a no tener éxito. La identificación de argumentos persuasivos desempeña un papel importante en el proceso, más que el razonamiento basado en demostraciones lógicas, datos, información y pruebas.

Varios autores —como ATIENZA (1997; 2004), OLIVER-LALANA (2022) y otros— han trabajado sobre el carácter argumentativo de la justificación de las normas. A este enfoque se añade el elemento *estratégico* trabajado por MAJONE (1989), en el sentido de encajar la propuesta legislativa en un *storytelling*, una narración verosímil construida de forma sencilla y convincente sobre las razones de la legislación propuesta y cómo se llevará a cabo. Esta narrativa es una herramienta explicativa y, al mismo tiempo, una prueba de fuego para la claridad y coherencia de las ideas y la consistencia del proyecto de ley con el objetivo político original (GODDARD, 2022: 161).

Los actores tendrán que explicar sus posiciones en la arena política. Por esta razón, MAJONE (1989) sostiene que el analista involucrado en la formulación de políticas públicas necesita actuar como un orador que busca persuadir a los actores políticos y al público en general, reconociendo la complejidad de los problemas y la necesidad de justificar las decisiones tomadas. El autor subraya la importancia de crear consenso en el proceso de formulación de políticas públicas. El objetivo principal es, aportando pruebas y argumentos, permitir la deliberación pública. Los legisladores no deben limitarse a identificar soluciones a los problemas subyacentes a las propuestas, sino que deben tratar de persuadir y comunicar eficazmente, trascendiendo la mera aplicación de modelos racionales de toma de decisiones.

Entre las habilidades discursivas que requiere este enfoque están la simplificación, la planificación y la capacidad de hacer inteligible la información.

Según SMITH (2013: 23), la comunicación consiste en producir información útil para el proceso político de elaboración de la legislación. La información útil tiene cuatro características principales: ayuda a resolver problemas; sirve para la acción; tiene consecuencias; y es accesible al público. Se trata de responder a algunas preguntas cuando se diseña la comunicación o se decide proporcionar información sobre el proceso legislativo: ¿para quién es relevante? ¿Cómo ayudará a resolver el problema? ¿Qué se quiere conseguir con la información? ¿Qué es probable que ocurra como resultado de esta información? ¿Qué impacto podría tener esta información? ¿Cómo se hará pública esta información?

SMITH (2013: 24) continúa explicando los aspectos que influyen en esta comunicación, como el conocimiento previo de las expectativas implicadas, el género, la credibilidad, etc.

7. CONCLUSIÓN

En este capítulo se ha abordado la idea de los *fracasos legislativos*, se han enumerado algunas de sus principales causas y se ha señalado cómo las directrices disponibles para mejorar la redacción legislativa pueden ayudar a evitar la aprobación de leyes que no logran los resultados que se esperaban de su promulgación o que, aunque avanzan en esa dirección, lo hacen a un coste elevado o con efectos secundarios no deseados o, lo que es peor, agravando el problema que pretendían resolver. La lista no pretendía ser exhaustiva, sino simplemente comprender los factores más comunes que conducen a distintos tipos de fracaso legislativo e ilustrar que ciertos fracasos podrían evitarse aplicando los métodos adecuados.

Sin embargo, como hemos visto, el *fracaso legislativo* no es del todo malo, ya que forma parte de un proceso de aprendizaje. Sin fracaso, la legislación no evoluciona. En línea con GOUVIN (1994: 1286), sin la perspectiva del fracaso, el proceso de elaboración de la legislación pierde un eslabón vital y la posibilidad de ser mejorado. De ahí la importancia de identificar correctamente el problema que la ley pretende resolver. Sin ello, no es posible evaluar la eficacia legislativa, que se mide en función de los problemas que la legislación pretendía resolver. No identificar el problema, por tanto, dificulta la medición de su fracaso o éxito.

Pueden producirse fallos incluso con la aplicación previa de la metodología para una legislación racional. Pueden haberse producido causas externas o los mecanismos pueden haber fallado a la hora de identificar las susceptibilidades *ex ante*. Pero los fallos siempre pueden medirse *a posteriori*. Por eso es importante llevar a cabo evaluaciones de la legislación, que proporcionan *información* valiosa sobre qué enfoques funcionan y cuáles no. Institucionalizar

esta actividad de evaluación de los resultados legislativos es la mejor solución para abordar (corregir y prevenir) los fracasos legislativos.

La lista de las principales causas de los fracasos legislativos analizada en el capítulo ha dejado fuera algunas fallas en la planificación de las leyes que ya han sido suficientemente trazadas en la literatura, como desconocer la importancia de las instituciones que se encargarán de implementar la legislación, ya sea aplicando, interpretando o garantizando su coercitividad; si ya existen, es necesario conocer cómo funcionan estas instituciones en la práctica; si no, es necesaria su planificación al momento de diseñar la legislación (BARDACH, 1977). Sin duda, la falta de capacidad institucional es una de las principales causas de los fracasos legislativos (KING; CREWE, 2014).

Tampoco se ha profundizado en otro fallo común: el de descuidar que la perspectiva más importante a tener en cuenta es la del destinatario final de la legislación, las personas a las que se aplica; si estas desconocen la legislación o no entienden sus normas, la legislación tiende a fracasar. En estos términos, la *accesibilidad* es un elemento esencial para que la ley sea eficaz. Además de hacer pública la legislación, el mecanismo para hacerla accesible consiste en redactarla y presentarla en un *lenguaje sencillo* que facilite su comprensión y aplicación. Por otro lado, si el público al que va dirigida la legislación es especializado, debe utilizarse un lenguaje técnico.

Como hemos visto, muchos fracasos legislativos son el resultado de no prestar suficiente atención a los cambios de comportamiento que una nueva ley fomentará, en términos dinámicos, considerando las consecuencias no solo a corto plazo, sino a medio y largo plazo. No prestar suficiente atención a los incentivos a largo plazo creados por la ley —como sucedió, por ejemplo, en los casos del impuesto a las ventanas, los días sin auto en la Ciudad de México, las serpientes, las ratas— genera los peores tipos de fracasos legislativos, aquellos que agravan el problema que pretendían resolver.

Un argumento más complejo sobre los fracasos legislativos puede encontrarse en SCOTT (2021), quien sostiene que los planes de ingeniería social suelen fracasar debido a una combinación de cuatro factores: 1) la simplificación excesiva de la complejidad de la vida social y natural; 2) lo que el autor llama la *ideología del alto modernismo*, prevaleciente en el siglo xx, consistente en la creencia en la capacidad de la ciencia y la tecnología para transformar la sociedad, que llevó a la aplicación de soluciones únicas y universalmente aplicables, ignorando los contextos locales específicos; 3) Estados autoritarios, con mayor capacidad para imponer planes de ingeniería social de manera vertical, suprimiendo la resistencia y la retroalimentación de la sociedad civil, eliminando la adaptabilidad y la capacidad de responder a problemas imprevistos; y 4) una sociedad civil debilitada, carente de capacidad para resistir los planes de ingeniería social impuestos por el Estado. Aunque este enfoque

no se ha explorado en profundidad en este trabajo, no es incompatible con el utilizado aquí.

Para resumir todo lo que hemos visto, las causas más comunes del fracaso de las leyes se deben a fallos en el proceso de planificación, fallos en el análisis, sobre todo del problema (por falta de información relevante) y en el reconocimiento y predicción de las consecuencias. Cuanto más explícito sea el problema que la legislación pretende resolver, los objetivos que pretende alcanzar y cómo (los medios para hacerlo), mayores serán las posibilidades de localizar y corregir los posibles fallos. Sin estos elementos mínimos, la propia evaluación puede verse comprometida. Y no realizar evaluaciones legislativas es una de las recetas del fracaso legislativo.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- 2004: «Argumentación y legislación», en A. MENÉNDEZ (dir.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Civitas.
- BARDACH, E., 1977: *The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law*, Cambridge: The MIT Press.
- COSTA, A., 2021: *Leis absurdas: 51 leis absurdas que você não conhecia*, São Paulo: LVM Editora.
- DAVIS, L., 2008: «The Effect of Driving Restrictions on Air Quality in Mexico City», *Journal of Political Economy*, 116 (1): 38-81.
- ELLERY, R. et al., 2018: «Controle sintético como ferramenta para avaliação de políticas públicas», en A. SACHSIDA (org): *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*, Brasília: IPEA.
- ESKELAND, G.S., FEYZIOGLU, T., 1997: «Rationing Can Backfire: The «Day Without a Car» in Mexico City», *The World Bank Economic Review*, 11 (3): 383-408.
- GODDARD, D., 2022: *Making Laws that Work: How Laws Fail and How We Can Do Better*, Oxford: Hart Publishing.
- GOUVIN, E., 1994: «Truth in Savings and the Failure of Legislative Methodology», *University of Cincinnati Law Review*, 62: 1281-1376.
- HOOD, C., 1986: *The tools of government*, Chatham, NJ: Chatham House Pblrs.
- HOWLETT, M., 2005: «What is a policy instrument? Tools, mixes, and implementation styles», en P. ELIADIS, M. M. HILL, y M. HOWLETT (eds.): *Designing government. from instruments to governance*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press.
- KING, A. y CREWE, I., 2014: *The Blunders of Our Governments*, London: Oneworld.
- MAJONE, G., 1989: *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*, New Haven: Yale University Press.
- MASHAW, J., HARFST, D., 1987: «Regulation and Legal Culture: The Case of Motor Vehicle Safety», *Yale Journal on Regulation*, 4 (2): 257-316.
- MENDES, M., 2022 (org.): *Para não esquecer: políticas públicas que empobrecem o Brasil*, Rio de Janeiro: Autografia.

- OLIVER-LALANA, A.D., 2022: «Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación», en OLIVER-LALANA, A.D. (ed.), *Debatiendo leyes: Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Madrid: Dykinson.
- PAYNE, J.M., 2006: *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*, Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- RUBIN, E., 1991: «Legislative Methodology: Some Lessons from the Truth-in-Lending Act», *The Georgetown Law Journal*, 80 (2): 233-307.
- 2005: «The Conceptual Explanation for Legislative Failure», *Law & Social Inquiry*, 30 (3): 583-606.
- SCHUETTINGER, R.L., BUTLER, E.F., 2020: *4000 Años de controles de precios y salarios*, Madrid: Unión Editorial.
- SCOTT, J.C., 2021: *Lo que ve el Estado. Cómo ciertos esquemas para mejorar la condición humana han fracasado*, México: FCE.
- SMITH, C., 2013: *Writing Public Policy*, Oxford: OUP.
- STEIN, E., et al., 2006: *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*, Washington: Inter-american Development Bank, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University.
- ZAPATERO, V., 2009: *El arte de legislar*, Pamplona: Aranzandi.