

Errores y fracasos legislativos: las causas y los fallos más comunes en la planificación de la legislación

Roberta Simões Nascimento

Profesora adjunta en la Universidad de Brasilia (UnB), aprobada en primer lugar en el examen de 2020. Abogada del Senado Federal desde 2009. Doctora *cum laude* en Derecho por la Universidad de Alicante (España). Doctora y Magíster en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). *Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy* por la Università degli Studi di Genova (Italia). *Máster en Argumentación Jurídica* por la Universidad de Alicante (España). Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Profesora colaboradora en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesora en el Programa de Maestría Profesional en Derecho, Regulación y Políticas Públicas de la UnB. Profesora en los programas de posgrado *lato sensu* en Derecho Constitucional y Derecho Legislativo del Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP). Profesora de cursos de especialización en Poder Legislativo y Derecho Parlamentario y en Presupuesto Público en el Instituto Legislativo Brasileño (ILB/Senado Federal).

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Consideraciones preliminares sobre la evaluación de la legislación; 3. Identificación errónea del problema; formulación de diagnósticos incompatibles con la realidad; enunciación de preocupaciones genéricas, carentes de consistencia, sin base en estudios elaborados de conformidad con criterios objetivos; 4. Mala definición de los objetivos; desde el punto de vista teleológico, pensar en las consecuencias a corto plazo, ignorando las de largo plazo; definir objetivos vagos o ni siquiera fijar ningún objetivo; 5. No tener en cuenta que la política influye en la decisión; atribuir el fracaso legislativo al proceso político; en una democracia, la toma de decisiones sobre la legislación implica una adaptación negociada de intereses; 6. No considerar vías alternativas para la intervención legislativa; enfoque punitivo, aplicación coercitiva o necesidad de intervención de los tribunales para garantizar la aplicación de la legislación; 7. No presentar la legislación con una narrativa convincente (storytelling); la adopción de una comunicación adecuada es un paso importante para el éxito de la legislación; 8. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El trabajo analiza la categoría de los “fracasos legislativos”, diferenciándola de los “errores legislativos”. Explica nociones importantes para mensurar el éxito o el fracaso de la legislación. Presenta una lista no exhaustiva de las principales causas de los fracasos legislativos (mala identificación del problema; mala definición de los objetivos a alcanzar; concentración en las consecuencias a corto plazo, ignorando las de largo plazo; menosprecio por el proceso político; falta de diversificación de enfoques alternativos, etc.), con varios ejemplos concretos, y ofrece sugerencias para prevenir y corregir tales fracasos. El trabajo utiliza el marco teórico de la teoría de la legislación, del análisis de las políticas públicas y de las directrices (buenas prácticas) para su elaboración y evaluación. La metodología empleada es la revisión bibliográfica y el análisis documental. La conclusión es que las causas más comunes del fracaso de las leyes se derivan de fallos en su planificación. Sin embargo, el “fracaso legislativo” no es del todo malo, ya que forma parte de un proceso de aprendizaje.

PALABRAS CLAVE: error legislativo; fracaso legislativo; evaluación legislativa; políticas públicas fracasadas.

1. Introducción

Tradicionalmente, el error se entiende como una equivocación, una valoración errónea de la realidad que influye decisivamente en la formación y manifestación de la voluntad. De no ser por la ignorancia o el conocimiento erróneo de las circunstancias, el agente actuaría de manera diferente. El error se refiere a una falla involuntaria; por su naturaleza, el juicio erróneo de la

situación no puede ser voluntario; el error presupone la ausencia de malicia o intención, es decir, buena fe subjetiva. En estos términos, el error puede conceptualizarse como una discrepancia involuntaria entre la percepción del agente sobre los motivos que impulsaron sus acciones y la realidad fáctica o jurídica. A efectos legales, el error se aborda generalmente en el ámbito del derecho privado en lo que respecta a la responsabilidad civil, en particular la mala conducta profesional (el error médico, por ejemplo).

En derecho penal, el error se equipara a la ignorancia, de modo que implica tanto la falta de conocimiento sobre un objeto como una representación falsa del mismo. Los sistemas jurídicos no abordan esta cuestión de manera uniforme; algunos le otorgan una amplia relevancia —incluso diferenciando entre errores de hecho y de derecho—, mientras que otros lo consideran totalmente irrelevante a efectos de la responsabilidad penal del autor.

En el 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 judicial. Esto se refiere al error judicial, que suele ser indemnizable debido a disposiciones constitucionales expresas en diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, dentro del ámbito del derecho público, existe un creciente interés por el error de los administradores públicos, con una tendencia a establecer su responsabilidad personal únicamente en casos de dolo o negligencia grave, pero no en casos de error inexcusable.

El debate sobre los errores legislativos es más complejo. En teoría, la noción clásica de error como una percepción errónea de la realidad (fáctica o jurídica) sería aplicable al ámbito legislativo. Por lo tanto, también pueden producirse errores legislativos, es decir, la representación errónea de la realidad por parte de los legisladores al redactar leyes. Sin embargo, dada la forma en que se plantea el problema en la literatura, existen discrepancias sobre la responsabilidad civil por actos legislativos, ya que en la mayoría de los sistemas los legisladores gozan de inmunidad parlamentaria.

Además, en rigor, independientemente de la comprensión imperfecta del mundo, el mero ejercicio de la función legislativa —como cualquier otro acto estatal— puede causar daño. Por lo tanto, a estos efectos, la categoría de «error» se mantendría; y la responsabilidad del Estado podría surgir incluso fuera de la situación de leyes inconstitucionales o leyes promulgadas con abuso de poder. De hecho, existe una amplia bibliografía que analiza la posibilidad de responsabilizar al Estado por actos legislativos en general (parlamentarios o reglamentarios).

Esta discusión no pretende profundizar en el debate específico sobre si se debe o no una compensación por leyes que causan daño o por leyes mal redactadas (es decir, si sería posible atribuir imprudencia, negligencia o incompetencia al legislador); por leyes que, a la luz de información empírica más actualizada, han demostrado ser inútiles (causando así un daño desproporcionado); o por leyes que simplemente han demostrado ser ineficaces porque no lograron sus propósitos previstos.

Este trabajo pretende analizar los errores legislativos desde una perspectiva más general y descriptiva, en cuanto a sus causas más profundas, basándose en una revisión de la literatura, a la luz de los desarrollos teóricos más recientes, que han ido añadiendo una serie de directrices normativas para el cuidado y la diligencia en la creación de leyes, exigiendo una atención cada vez mayor por parte de los legisladores a la actividad legislativa típica, utilizando herramientas como el análisis de impacto *ex ante* y *ex post* y las consultas públicas, entre otras.

Las directrices y las buenas prácticas exigen que los legisladores basen sus decisiones en hechos, situaciones reales y evidencia empírica. Asimismo, requieren que las medidas legislativas sean proporcionales (imponiendo el menor sacrificio posible), capaces de resolver los problemas que pretenden abordar (un equilibrio adecuado entre medios y fines) y, preferiblemente, que estén justificadas. Solo así la legislación sería racional.

En ocasiones, cuando estas directrices no se respetan en la práctica, la legislación fracasa. Los fracasos legislativos no solo se deben a la ignorancia o al conocimiento imperfecto de los legisladores (error), sino sobre todo a problemas en su elaboración, desviaciones de las prácticas previstas (en la mayoría de los casos, las desviaciones son involuntarias, aunque en este caso el motivo no es relevante para lo que importa: el fracaso de la legislación) o a los resultados de acciones intencionadas que producen consecuencias negativas (o costosas) no deseadas.

Es innegable que existen situaciones en las que los fallos legislativos se deben a sucesos imprevistos que ocurren tras la promulgación de la ley. Sin embargo, lo relevante para este trabajo es presentar los fallos legislativos derivados de deficiencias en la planificación, una atención insuficiente a los arreglos institucionales esenciales para la implementación o una falta de adaptabilidad ante imprevistos. Por lo tanto, para abordar estas situaciones, se prefiere el término «fallos legislativos» a «errores legislativos», ya que se considera más apropiado para este análisis.

En este sentido, el trabajo se estructuró en forma de diferentes causas (categorías hipotéticas) de fallas legislativas, a partir de una revisión de la literatura de referencia. La metodología consistió en una revisión sistemática de la bibliografía y un análisis documental para, mediante el método inductivo, extraer conclusiones generales de los casos analizados por los autores, en forma de un catálogo de las fallas más comunes y sus respectivas causas, con referencia a la etapa de planificación legislativa. En parte, el enfoque es también exploratorio, dado que no existe una teoría completa sobre las fallas legislativas. Por lo tanto, esta investigación sirve para proporcionar una visión general inicial, generar hipótesis e indicar problemas para futuros estudios e investigaciones.

La lista resultante de la identificación de patrones observados no sigue ningún orden en particular, por lo que los elementos subsiguientes pueden leerse de forma relativamente independiente. Se espera que el resultado general sea coherente; y, de no ser así, incluso indirectamente, la lista habrá servido para registrar y prevenir que las deficiencias mencionadas (especialmente las evitables) se repitan en el futuro. Por lo tanto, la preocupación sigue siendo mejorar la calidad y la eficacia de la legislación. Finalmente, el texto concluye con un resumen que reitera los principales argumentos presentados.

Antes de pasar a la lista propiamente dicha, la siguiente sección ofrece breves consideraciones sobre algunos conceptos importantes que el evaluador de la legislación debe tener en cuenta para evitar correlaciones espurias o conclusiones incorrectas con respecto a la legislación que se está evaluando.

2. Consideraciones preliminares sobre la evaluación de la legislación

Las leyes constituyen el eje central del Estado de derecho. Sin embargo, en ocasiones, la legislación no logra sus objetivos en la práctica. Por lo tanto, el fracaso legislativo se asocia con la legislación que no ha alcanzado los resultados esperados o que, aun avanzando en esa dirección, lo ha hecho a un alto costo o con efectos secundarios indeseables, o incluso con la noción de legislación que ha provocado retrocesos en la situación que pretendía resolver. Así pues, se observa que las leyes pueden fallar de diversas maneras.

El fracaso legislativo no siempre es inmediato, ya que puede manifestarse más adelante. Goddard (2022, p. 11) cita el ejemplo de un impuesto sobre las ventanas promulgado por el Parlamento inglés en 1696. Calculado en función

del número de ventanas de una vivienda, el impuesto generó inicialmente ingresos sustanciales, pero con el tiempo, estos disminuyeron. Los propietarios de las casas existentes las remodelaron para bloquear las ventanas (el autor incluso incluye una foto de una casa típica, legado de este impuesto). Las casas nuevas se construían con pocas ventanas.

Esto provocó una reducción de la ventilación y la luz en muchos hogares. La medida para recaudar ingresos se volvió cada vez menos efectiva con el tiempo, exacerbó la propagación de enfermedades y causó o aceleró muchas muertes (Goddard, 2022, p. 12). Aun así, el impuesto sobre las ventanas se mantuvo en Inglaterra hasta 1851. Como se puede observar, las leyes que resultan en fracasos legislativos no siempre son efímeras.

Además, existen dificultades epistemológicas y metodológicas para determinar el fracaso legislativo. Esta evaluación no es del todo objetiva, sino que solo requiere un simple contraste entre los objetivos declarados y los logros alcanzados. En ocasiones, los cambios en el contexto fáctico —alteraciones en la realidad en la que se inserta la legislación— desempeñan un papel importante, cuyas repercusiones no deben subestimarse en el análisis del éxito o fracaso legislativo.

Ellery Jr. *et al.* (2018, p. 377) ofrecen un ejemplo hipotético para ilustrar esta situación: imaginemos la aprobación de una ley con un programa para incentivar a los consumidores a solicitar recibos. Si, posteriormente, el país entra en crisis, es posible que los ingresos fiscales disminuyan incluso si el programa fue exitoso. Por lo tanto, el diseño de la ley, aunque adecuado, puede haber dejado de ser satisfactorio debido a los cambios en el contexto económico. En consecuencia, es necesario considerar diversas variables en la evaluación legislativa.

Por regla general, la estrategia principal para evaluar una ley consiste en comparar la unidad objetivo de la legislación (por ejemplo, familia, empresa, ciudad, región, etc.) con otras unidades no afectadas, o bien comparar unidades antes y después de la implementación de la política, o incluso combinar comparaciones a lo largo del tiempo y entre diferentes unidades (Imbens; Wooldridge, 2009). Naturalmente, como se acaba de explicar, estas comparaciones suelen ser complejas, y algunas técnicas de evaluación pueden verse limitadas por el reducido número de unidades analizadas o comparadas, así como por la ausencia de realidades paralelas para la verificación contrafactual.

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

Además, para evaluar el efecto de un programa, es necesario comprender claramente la diferencia entre correlación y causalidad. La correlación es una medida estadística que describe la fuerza o el grado de relación entre dos variables; es decir, cómo la presencia de una variable puede afectar el comportamiento de la otra variable analizada. Por su parte, la causalidad implica 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 suele llevar a conclusiones erróneas sobre los efectos de la legislación, y dicha confusión también puede generar desorientación. Basta con recordar el ejemplo mencionado por Ellery Jr. *et al.* (2018) —el programa para incentivar la emisión de facturas— que plantea un problema a la hora de evaluar la causalidad.

Tras estas explicaciones preliminares, pasamos a señalar los principales problemas asociados a los fallos legislativos. Como ya se ha explicado, se trata de una lista de las deficiencias más comunes durante la elaboración de leyes, que en última instancia afectan a su éxito y eficacia.

3. Identificación errónea del problema; formulación de diagnósticos incompatibles con la realidad; enunciación de preocupaciones genéricas, carentes de consistencia, sin base en estudios elaborados de conformidad con criterios objetivos

Detrás de esta causa de fracaso legislativo para algunas leyes se encuentra la premisa básica de que la legislación tiene la función de resolver problemas.

Sin identificar correctamente el problema original, la legislación tiene pocas probabilidades de ofrecer una solución eficaz. Según Gouvin (1994, p. 1284),

definir los problemas que recibirán atención legislativa y seleccionar las respuestas adecuadas son aspectos que a menudo se descuidan. En concreto, definir el problema es un paso fundamental para elaborar 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 tendencia de los parlamentarios a proponer soluciones incluso antes de comprender adecuadamente los problemas subyacentes, ya sean sociales, económicos o de otra índole. En la mayoría de los casos, el proceso legislativo comienza con una solución propuesta, y los debates parlamentarios giran en torno a estas alternativas legislativas sugeridas, no al problema en sí. Las mejoras introducidas durante el proceso rara vez abordan la definición del problema o la delimitación del fenómeno que la legislación pretende corregir.

En algunos casos, ni siquiera es posible afirmar que el proyecto de ley se haya redactado para abordar un problema específico. Por ejemplo, consideremos la Ley 16.270 del 5 de julio de 2016 del Estado de São Paulo, que establece la concesión de descuentos o medias raciones a personas que se hayan sometido a cirugía bariátrica o cualquier otra gastroplastia, en restaurantes o establecimientos similares, y prevé otras medidas. Si el debate hubiera exigido una articulación explícita y coherente del problema que el proyecto de ley pretendía resolver, quizás la legislación habría adoptado una forma diferente o no se habría aprobado.

Según la justificación presentada, la propuesta buscaba permitir que las personas con estómago reducido participaran normalmente en las comidas, pagando un precio justo según lo que consumieran. 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 (artículo 22, inciso I, de la Constitución de 1988) y por infringir la libre empresa (artículo 170). Sin embargo, el ejemplo sigue siendo válido para demostrar la importancia de lo que aquí se señala: la falta de aplicación de la metodología adecuada condujo a la aprobación de una ley sin un problema claramente identificado.

Otras leyes similares a la que se acaba de mencionar se pueden encontrar en Costa (2021).

Una de las dificultades para identificar el problema radica en su carácter subjetivo, que puede variar según la perspectiva de quien lo define. En palabras

de Gouvin (1994, p. 1327), los problemas no existen en abstracto, sino en relación con un conjunto de valores que clasifica un fenómeno determinado como problemático. Dado que cada individuo (o grupo) posee 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 ilustra este obstáculo: el tema de los registros íntimos a los visitantes que ingresan a los centros penitenciarios, objeto de la Ley 7.010, del 25 de mayo de 2015, del Estado de Río de Janeiro, que prohibió los registros íntimos en las unidades penitenciarias del Estado de Río de Janeiro. Para un sector que prevaleció en el debate, el registro íntimo es vejatorio, humillante, vergonzoso e inadmisibile; se alega que, en varias unidades penitenciarias, existiría la obligación de realizar varias sentadillas, independientemente de la avanzada edad del visitante.

Por otro lado, algunos argumentaron que no todos los registros corporales son degradantes, ya que existen métodos menos invasivos; que hay situaciones en las que tal medida es necesaria, especialmente dada la falta de *scanners* y máquinas de rayos X, y también excepcionalmente ante denuncias anónimas, por ejemplo. Además, algunos afirmaron que los registros corporales sirven para proteger a los visitantes, especialmente a las mujeres, quienes tendrían la excusa perfecta para no portar objetos, productos o sustancias cuya entrada esté prohibida por ley o que representen un riesgo para la seguridad de la prisión. En caso de ser sorprendida durante un registro corporal, habría castigo.

Como se puede observar, los mismos datos fácticos pueden resultar problemáticos para algunos, pero no para otros. Por lo tanto, formular el problema implica identificar, implícita o explícitamente, los valores que se ven afectados por el fenómeno en cuestión. Al identificar el problema, también deben considerarse sus causas y condiciones; es decir, debe estar relacionado con un problema específico. No identificar los problemas obstaculiza el proceso legislativo y dificulta la evaluación de la medida propuesta en el proyecto de ley.

La forma en que se plantea el problema influye enormemente en la evolución del proyecto de ley. Incluso puede determinar la solución propuesta y, aunque el proyecto no se convierta en ley, su impacto perdura y puede marcar el rumbo de futuras negociaciones sobre el contenido en cuestión (Gouvin, 1994, p. 1341). Como ya se ha indicado, es improbable que el curso de los debates modifique la forma en que se plantea el problema. Cualquier cambio

tiende a centrarse exclusivamente en las propuestas para resolverlo. Dependiendo de esta forma de planteamiento, la consideración de alternativas políticas puede verse comprometida.

La identificación correcta implica diferenciar entre un problema real y uno percibido. Es fundamental evitar caer en la trampa de intentar encajar los hechos en una visión del mundo particular. Dada la escasez de tiempo y recursos, dedicar tiempo a cuestiones que no son problemas reales representa una oportunidad desperdiciada.

Una forma de mitigar estos obstáculos es exigir una *minuciosa* evaluación ex ante del problema; es decir, exigir que los diagnósticos de la realidad se basen en datos fiables, fundamentados en estudios que, si bien no se ajustan a métodos científicos, al menos siguen criterios objetivos. No se debe subestimar el fracaso derivado de deficiencias en la recopilación de información relevante.

Prestar atención a esta causa de las deficiencias legislativas también permitiría prevenir algunas leyes de carácter simbólico, que no guardan relación con la solución efectiva de los problemas. Se trata de leyes que, en esencia, contienen declaraciones políticas o el reconocimiento de ciertas causas. Por ejemplo, considérese la Ley 14.489, del 21 de diciembre de 2022, que modifica la Ley 10.257, del 10 de julio de 2001 (Ordenanza Municipal), para prohibir el uso de técnicas de construcción hostiles en espacios públicos abiertos.

Conocida como la Ley Padre Júlio Lancelotti, en honor a una figura religiosa que promueve el trabajo social en la ciudad de São Paulo y que se hizo famosa por usar un mazo para quitar piedras afiladas instaladas debajo de un paso elevado, esta ley estableció como directriz general para la política urbana la promoción de la comodidad, el refugio, el descanso, el bienestar y la accesibilidad en el disfrute de los espacios públicos abiertos, su mobiliario y sus interfaces con los espacios privados, prohibiendo el uso de materiales, estructuras, equipos y técnicas de construcción hostiles que tengan como objetivo o resulten en la exclusión de las personas sin hogar, los ancianos, los jóvenes y otros segmentos de la población.

Al establecer una prohibición negativa (no hacer algo) y, además, sin definir claramente qué constituye una actividad hostil (la definición legal es circular), resulta difícil medir la eficacia de la ley. Esta lógica es similar a la de una ley ambiental que prohíbe la deforestación: los resultados pueden tardar en hacerse claramente visibles.

4. Mala definición de los objetivos; desde el punto de vista teleológico, pensar en las consecuencias a corto plazo, ignorando las de largo plazo; definir objetivos vagos o ni siquiera fijar ningún objetivo

La categoría más citada de fallos legislativos es la de leyes que no logran sus objetivos previstos, lo cual presupone la definición previa de dichos objetivos. Sin embargo, existen situaciones en las que los objetivos están mal definidos o ni siquiera existen, lo que contradice la premisa básica de la legislación racional: que las leyes deben servir para alcanzar fines específicos. Estos son casos de fallo legislativo, ya que cualquier valoración de su éxito se ve comprometida debido a esta deficiencia en la elaboración de la legislación.

Sin embargo, el objetivo puede alcanzarse, pero podría acarrear consecuencias indeseables que solo se manifiestan posteriormente. El fracaso legislativo en este caso es indirecto y se debe a la incapacidad de considerar las consecuencias a largo plazo de la legislación. Recordemos el ejemplo de Goddard (2022, p. 24) sobre el impuesto a las ventanas en Inglaterra. La legislación funcionó bien inicialmente, pero la gente cambió su comportamiento debido a un instinto natural de evitar el pago de impuestos.

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

La miopía legislativa es un tema recurrente en los estudios de caso sobre fracasos legislativos. Aún más sorprendente es el hecho de que, a pesar de los repetidos fracasos, ciertas medidas se siguen repitiendo a lo largo de la historia. Recordar algunas de estas situaciones busca asegurar que los errores del pasado sirvan de lección.

Un ejemplo paradigmático es el control de precios y salarios. No existen casos en los que esta medida haya logrado frenar la inflación o solucionar el problema de la escasez de productos. Como detallan Schuettinger y Butler (2020), durante 4000 años, en diversos momentos históricos y económicos, se han realizado intentos de aplicar esta medida, y la recopilación de datos muestra una sucesión de fracasos. En lugar de frenar la inflación, los controles de precios generan mercados paralelos y escasez.

Desde el punto de vista económico, el control de precios amplía la brecha entre la oferta y la demanda sin abordar la causa fundamental de la inflación, que se origina por un aumento de la oferta monetaria que supera el incremento de la

producción (Schuettinger; Butler, 2020, p. 15). El problema surge a mediano y largo plazo: con el tiempo, el control de precios deja de ser una medida eficaz.

Lo cierto es que la causa del fracaso mencionado radica en la adopción de políticas a corto plazo con consecuencias negativas a largo plazo. Mendes (2022, pp. 13-14) pone el ejemplo del gasto público para generar crecimiento. Sin embargo, el crecimiento en realidad proviene del aumento de la productividad. El error reside en creer que si el gobierno gasta más, esto incrementa los ingresos y el consumo de los hogares, lo que, a su vez, llevaría a las empresas a invertir más. A largo plazo, esta medida genera un aumento del déficit público, de los tipos de interés y de la inflación, y provoca una recesión.

El mismo tipo de dificultad surge al otorgar beneficios fiscales a ciertos sectores (por ejemplo, aquellos en crisis). Esto suele implicar empresas improductivas que solo existen porque pagan menos impuestos. Este problema se repite cada vez que existe presión a corto plazo para obtener soluciones urgentes, lo que obliga a la clase política a brindar respuestas rápidas a problemas complejos (Mendes, 2022, p. 15). Para adoptar políticas con efectos beneficiosos a largo plazo, es necesario resistir la presión por soluciones inmediatas o simplistas.

La reflexión conduce a fallos legislativos que exacerbaban el problema que las leyes pretendían resolver. El error no radica en la definición del problema, sino en la dinámica de la legislación ya analizada. Goddard (2022, p. 25) ofrece un ejemplo: a finales del siglo XIX, el gobernador de Delhi, con el fin de exterminar la gran cantidad de serpientes venenosas de la ciudad, promulgó una ley que ofrecía una recompensa por las pieles de serpiente. El objetivo era incentivar la caza y reducir la población de serpientes. Sin embargo, los habitantes de la ciudad comenzaron a criar serpientes, en lugar de matarlas, precisamente para obtener la recompensa.

Cuando quedó claro que el programa estaba costando mucho más de lo previsto y no estaba reduciendo el número de serpientes en Delhi, se suspendieron las recompensas. Las serpientes criadas, que habían perdido su valor, fueron liberadas por sus criadores, y el resultado final fue un aumento de la población de serpientes y un despilfarro de fondos públicos.

Este escenario se repitió en Hanói a principios del siglo XX, donde el problema radicaba en las ratas que infestaban las alcantarillas de la ciudad. De manera similar, 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, p. 25). La secuencia de eventos y los resultados fueron idénticos: gastos cada vez mayores en recompensas, ningún progreso en la reducción del número de ratas, cancelación de la recompensa, liberación de las ratas de las granjas y un empeoramiento del problema original.

En la misma línea, se cita el caso de la prohibición Hoy no circula, aprobada en la Ciudad de México en 1989. Con base en el número de placa, se restringió la circulación vehicular un día específico de la semana para reducir la congestión y la contaminación del aire. Como resultado de esta medida, muchas familias terminaron comprando un segundo auto para eludir la prohibición, generalmente uno más barato, viejo y contaminante. Por lo tanto, la legislación empeoró los problemas que pretendía solucionar. El caso fue estudiado por Eskeland y Feyzioglu (1997) y por Davis (2008). Los legisladores no previeron este cambio en el comportamiento familiar. Si bien resultan ineficaces, existen medidas similares en varias otras ciudades de Latinoamérica, como São Paulo (Brasil), por ejemplo.

En todos los casos mencionados, la legislación fracasó porque sus planificadores ignoraron los efectos dinámicos y las consecuencias a largo plazo de los incentivos generados por la nueva normativa. Para prever todo esto, la legislación debe concebirse en términos dinámicos, no estáticos. Los planificadores deben recurrir a los avances en economía conductual, formular preguntas relevantes y anticipar las consecuencias.

Un ejemplo que se ajusta tanto a la causa del fracaso legislativo anterior (identificación errónea del problema) como a la falta de establecimiento 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.*), que podría traducirse como Ley de Veracidad en los Préstamos. Se enunciaron tres objetivos básicos: 1) estabilizar la economía mediante el aumento del uso informado del crédito; 2) permitir a los consumidores adquirir las condiciones de crédito más favorables; y 3) proteger a los consumidores contra cargos inexactos e injustos. El primer objetivo (estabilización económica) es demasiado amplio para ser evaluado adecuadamente y permitir una conclusión sobre el éxito o el fracaso de la legislación. El caso fue analizado por Rubin (1991).

La definición de los objetivos o el propósito de la ley se logra respondiendo a las siguientes preguntas: ¿Cuál es el resultado deseado de la legislación? ¿Cómo deberá cambiar el comportamiento de los actores relevantes para alcanzar dicho resultado? (Goddard, 2022, p. 156). Al mismo tiempo, el análisis

debe abordar preguntas como: ¿Cómo es probable que funcione en la práctica la legislación propuesta? ¿Qué cambios se producirán con respecto al *statu quo*? ¿Qué aspectos del escenario posterior a la legislación son difíciles de predecir con un grado razonable de certeza? (Goddard, 2022, p. 158).

Todas las consideraciones hasta este punto son importantes porque, sin conocer de antemano el objetivo de la legislación, es imposible analizar su eficacia. Para reducir el riesgo de fracaso legislativo, es necesario realizar un análisis minucioso que determine si la legislación es capaz de alcanzar los resultados deseados (viabilidad) y si los medios empleados son adecuados para el fin propuesto (adecuación entre medios y fines). Para ello, es preciso identificar cuál era el propósito de la legislación (sin perjuicio, obviamente, de la correcta identificación del problema que pretendía resolver, como ya se ha señalado).

5. No tener en cuenta que la política influye en la decisión; atribuir el fracaso legislativo al proceso político; en una democracia, la toma de decisiones sobre la legislación implica una adaptación negociada de intereses

En las democracias, se espera que el Poder Legislativo represente, debata y atienda las necesidades y aspiraciones de la ciudadanía. En consecuencia, la legislación es el resultado de este proceso negociado de conciliación de intereses. Esto se aplica tanto a la redacción de la legislación como a su posterior evaluación. Los procesos legislativos involucran a diversos actores que deben cooperar entre sí para lograr el resultado deseado.

Se sabe que existen arreglos institucionales que favorecen más esta cooperación, y este es un tema con una extensa literatura que señala el efecto de diferentes instituciones en los sistemas democráticos (entre otros, Payne, 2006).

No se argumenta que exista una estructura institucional ideal o única para la elaboración de leyes. Simplemente se subraya que un enfoque estrictamente tecnocrático de la formulación legislativa —que ignora las etapas de debate, conciliación, negociación y deliberación— pasa por alto el contexto más amplio de la política parlamentaria, ineludible en la creación de leyes. Por lo tanto, la planificación legislativa que no prevé cómo la política podría influir en la decisión tiende a fracasar.

La elaboración de leyes que ignoren las preferencias políticas de los representantes, quienes reflejan sus bases electorales y tienden a encarnar las creencias y costumbres profundamente arraigadas de la sociedad, puede resultar en 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 los órganos legislativos desarrollan la capacidad de formularla y participan de manera constructiva en la formulación de políticas nacionales, en lugar de simplemente adoptar un papel subordinado en el que solo avalan 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.

Por lo tanto, la politización del proceso legislativo no solo es inevitable, sino totalmente deseable. El proceso legislativo funciona como un espacio para el debate público. Es la única manera de posibilitar un acuerdo entre fuerzas opuestas y diferentes grupos de interés, y de garantizar que la legislación refleje una gama más amplia de perspectivas.

La falta de una participación más activa por parte de los órganos legislativos puede dar lugar a leyes que no se ajustan adecuadamente a las necesidades o demandas reales de la sociedad. A medio y largo plazo, esto implica que la legislación carece de un consenso mínimo, lo que la hace políticamente insostenible y/o se implementa de forma ineficiente o injusta (Stein *et al.*, 2006, p. 42).

Trasladando esta idea al ámbito de la teoría política, se refiere al enfoque deliberativo, en el que la democracia es un valor *per se* y, al mismo tiempo, el medio para tomar decisiones que vinculen a la comunidad, dadas sus ventajas para generar ideas nuevas y superiores. El propósito del proceso legislativo y del debate parlamentario sigue siendo encontrar soluciones viables a los problemas sociales, siempre que se cumplan ciertas condiciones: un debate público abierto, sincero y racional (Ackerman, 1980; Cohen, 1967; Dryzek, 1980; Gutmann; Thompson, 1996). Estos serían los requisitos para el éxito legislativo.

Este texto no pretende analizar hasta qué punto se cumplen estas condiciones en la práctica, sino simplemente destacar este hecho: la legislación implica una acción colectiva que debe tenerse en cuenta al redactar las leyes. En la mayor parte de la bibliografía, este ámbito político no se considera.

A su vez, dentro del marco de la teoría deliberativa, el fracaso se produce cuando los canales de debate se ven limitados de alguna manera, 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 produce invariablemente si el debate parlamentario se distorsiona o se restringe.

Es cierto que algunos autores —por ejemplo, Zapatero (2009, p. 114)— tienen pocas esperanzas en las capacidades de los parlamentos en este sentido.¹ De hecho, los parlamentarios no suelen seguir el guion tradicional en sus debates: definir el problema, analizar sus causas, investigar sus posibles soluciones, evaluar las opciones y, finalmente, elegir la mejor.

En la práctica, los parlamentarios ni siquiera poseen el conocimiento ni el tiempo necesarios para realizar un análisis tan sereno. Sin embargo, para Gouvin (1994, p. 1283), la incapacidad de los legisladores para encontrar soluciones viables se debe a la falta de uso de la metodología de resolución de problemas en cuestión o del método legislativo analizado por Rubin (1991).

El razonamiento de estos dos autores termina por reducir el problema a una sola causa: el fracaso legislativo radica en el proceso político. Desde esta perspectiva, los fracasos serían inevitables; cualquier esfuerzo legislativo estaría condenado al fracaso a menos que sorteara los mecanismos de influencia política. Sin embargo, esta no parece ser la única causa de los fracasos legislativos.

En este sentido, evaluar la legislación tras un cierto periodo constituye un recurso para el aprendizaje organizacional, orientado a guiar, clarificar, persuadir y alinear a los actores involucrados en las políticas públicas. No se trata (o al menos no debería tratarse) de una auditoría (inspección certificadora) para castigar o premiar a organismos, equipos o programas. El objetivo de la evaluación es comprender cómo se desarrollan las políticas públicas, así como las razones de su buen o mal funcionamiento.

Una vez realizadas las evaluaciones, corresponde al Poder Legislativo analizar los datos empíricos y jurídicos que sustentan el pronóstico legislativo y reconsiderar los intereses en juego en función de las nuevas condiciones de la realidad posterior a la legislación. Siguiendo esta lógica, si el Poder Legislativo

1 En sus propias palabras: “El Parlamento puede empeorar técnicamente un buen proyecto; pero difícilmente puede mejorar uno malo. De ahí que, si se quiere mejorar la calidad de nuestras leyes, el mayor esfuerzo se debe concentrar en la redacción de los proyectos antes de su remisión a las Cámaras; e incluso antes de comenzar su redacción legal. Es aquí donde tiene plena aplicación la metodología sugerida.” (Zapatero, 2009, p. 114).

es esencial en el proceso de formulación de políticas, también lo es en la evaluación de la información generada durante la valoración de dichas políticas públicas. Es imposible despolitizar ninguna de estas actividades.

Sin embargo, lo que sí puede hacer la planificación es anticipar algunas cuestiones críticas típicas del debate parlamentario, por ejemplo, como sugiere Goddard (2022, p. 190):

a) ¿Quiénes se benefician de esta legislación?

- i. Identificar los grupos a los que la legislación pretende beneficiar.
- ii. Identificar los beneficios que cada uno de estos grupos pretende obtener.
- iii. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas entre estos diferentes grupos/beneficios?

b) ¿Qué beneficios pretenden obtener estos beneficiarios?

- i. Identificar los criterios que una persona debe cumplir para poder optar a las prestaciones previstas en la legislación.
- ii. ¿Qué implicaciones tienen estos criterios para la complejidad de la legislación, para la previsibilidad de su funcionamiento, para la facilidad de acceso a estos beneficios para los beneficiarios previstos y para el coste de la implementación del plan?

Estos son solo algunos ejemplos de preguntas, y la idea es que cada respuesta tenga una justificación plausible.

6. No considerar vías alternativas para la intervención legislativa; enfoque punitivo, aplicación coercitiva o necesidad de intervención de los tribunales para garantizar la aplicación de la legislación

En esta causa de fracaso legislativo, la planificación legislativa no logra ampliar el abanico de alternativas capaces de resolver el problema subyacente y tiende a priorizar una única vía. Para evitar este fracaso, es necesario establecer diferentes maneras de alcanzar el objetivo específico que se pretende lograr con la legislación. Además, debe considerarse el escenario de inacción, es decir, sin la aprobación de las opciones regulatorias. Además de enumerar cada uno de los diferentes enfoques legislativos, es recomendable establecer los costos y beneficios asociados a cada una de las opciones consideradas.

Para ilustrar este tipo de fallo en lo que respecta a la falta de creatividad legislativa, se puede mencionar el debate sobre la seguridad automovilística a la luz de la legislación que se centró exclusivamente en el comportamiento del conductor en los Estados Unidos.

En este sentido, se produjo un cambio importante de perspectiva con la aprobación de la *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* de 1966. Para prevenir accidentes de tráfico, en lugar de centrarse únicamente en el conductor, la legislación estadounidense cambió su enfoque y comenzó a dirigirse específicamente a los fabricantes de vehículos, con el objetivo de que construyeran vehículos más seguros que protegieran mejor a sus ocupantes en caso de accidente. El enfoque pasó a promover tecnologías de prevención de colisiones o modificar el vehículo (entorno) para que la interacción entre el pasajero (anfitrión) y las fuerzas de desaceleración de los accidentes (agente) produjera un menor trauma. Este caso es analizado por Mashaw y Harfst (1987).

Sin embargo, la interpretación de los autores es que hubo éxito en medio del fracaso porque la Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en las Carreteras (NHTSA), el organismo regulador estadounidense responsable de promulgar normas adicionales para garantizar la seguridad en el diseño *de los automóviles*, finalmente encontró dificultades significativas para defender sus regulaciones en los tribunales. Los tribunales estadounidenses exigían con frecuencia a la NHTSA un nivel de certeza científica sobre la eficacia de las normas de seguridad que era difícil de alcanzar, lo que obstaculizó la implementación del mandato legislativo de 1966.

Sin embargo, como compensación, la NHTSA comenzó a exigir el *recall* (*retiro de mercado*) del mercado de vehículos con defectos relacionados con su seguridad. Durante la década de 1976-1985, la NHTSA supervisó el *recall* de más de la mitad de los vehículos nuevos vendidos en Estados Unidos. Los tribunales consideraron que estos retiros eran menos intrusivos. De este modo, las decisiones judiciales influyeron en la regulación, impulsando la adopción de medidas correctivas dirigidas a productos defectuosos específicos (*recall*).

Según Mashaw y Harfst (1987, p. 313), el éxito de la NHTSA en la obtención *de recalls* fue positivo, pero no compensó por completo su fracaso en la promulgación de regulaciones de seguridad automotriz. Aun así, el caso revela un importante proceso de aprendizaje, mediante el cual se abandonaron algunos de los ambiciosos objetivos de la ley de 1966, en particular el intento de moldear activamente el futuro de la seguridad automotriz a través de la

regulación. Sin embargo, cabe añadir que el caso también muestra un cambio importante en el enfoque de la intervención legislativa.

En este sentido, reducir el riesgo de fracaso legislativo requiere considerar enfoques alternativos. Preferiblemente, esto implica examinar si ya se han probado en otros lugares, junto con los resultados y la relevancia de esa experiencia para el problema específico (Goddard, 2022, p. 155). Goddard (2022, pp. 157-158) sugiere formular las siguientes preguntas analíticas:

- a) ¿Existe algún modelo internacional consolidado y exitoso que pueda 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 este enfoque en esas otras sociedades? ¿Cómo podemos saberlo?
- d) ¿El éxito en otros lugares se traducirá en un entorno social, económico e institucional positivo en su sociedad?

La búsqueda de alternativas también implica diversificar los instrumentos que se pueden utilizar en cada caso. La técnica tradicional de mando y control puede dar paso a otras opciones de implementación, como la negociación, la persuasión y la convencimiento (Hood, 1986; Howlett, 2005). Existen diversos mecanismos gubernamentales para estructurar la respuesta al problema, aunque no necesariamente legislativos, como la concesión de subsidios (incentivos), campañas informativas, etc.

Las herramientas no tienen por qué ser necesariamente punitivas (acompañadas de sanciones, ya sean económicas o restrictivas de derechos o libertades), puesto que esto depende del grado de coerción deseado. Incluso pueden combinarse; todo ello para garantizar el mejor diseño legislativo posible.

En este sentido, además de no considerar alternativas, elegir las herramientas de implementación incorrectas puede provocar fallos legislativos. A continuación, analizaremos algunos ejemplos históricos de este error.

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. Esta metáfora se utiliza para asociar el consumo de drogas con una amenaza a la seguridad nacional. Su principal objetivo era combatir el tráfico y el consumo de drogas mediante la adopción de rigurosas medidas punitivas. Entre las principales consecuencias de la *War on drugs* se encuentra el aumento de la población carcelaria, a pesar de que la tasa de consumo de drogas se mantuvo

estable (o incluso aumentó en ciertos periodos). Se considera que las razones de su fracaso radican en su enfoque exclusivamente punitivo, la aplicación desigual de las leyes (que afectó desproporcionadamente a afroamericanos y latinos) y la falta de atención a las medidas preventivas y de tratamiento en materia de salud pública.

La política del hijo único se implementó en China en 1979 con el objetivo de reducir la presión sobre los recursos naturales y los servicios públicos mediante el control del crecimiento demográfico. Sin embargo, las evaluaciones indican que esta política generó un importante desequilibrio de género, envejecimiento de la población y violaciones de los derechos humanos. Entre las razones de su fracaso se mencionan la implementación coercitiva, la falta de respeto a los derechos individuales (libertad de elección y planificación familiar) y la ausencia de políticas de apoyo familiar. India, que también enfrenta desafíos de superpoblación, adoptó políticas menos coercitivas e invirtió en programas de planificación familiar y educación, logrando así evitar algunos de los problemas experimentados por China.

A partir de 1985 en China, las familias que vivían en zonas rurales pudieron tener un segundo hijo. En 2015, el gobierno comenzó a permitir que todas las familias, independientemente de la región, tuvieran dos hijos.

En efecto, 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 intervención de los tribunales. Goddard (2022, pp. 18 y 84) cita el ejemplo de la reforma de 2001 de la ley que regula la división de bienes entre parejas en Nueva Zelanda: la ley otorgó a los tribunales la facultad de decidir sobre reclamaciones relacionadas con la disparidad de ingresos tras la separación, causada por la división de roles dentro de la familia. El enfoque de la legislación se centró en la situación en la que, debido a la separación, el capital humano y la capacidad de generar ingresos de uno de los cónyuges (casi siempre el hombre) se vieron incrementados y el capital humano y la capacidad de generar ingresos del otro (casi siempre la mujer) disminuyeron.

El nuevo régimen, sobre todo debido a la generalidad de la cláusula sobre desigualdad económica, era complejo y opaco. Además, su aplicación por parte de los tribunales resultaba lenta y costosa, ya que requería la presentación de peritajes sobre el potencial de beneficios reales e hipotéticos (Goddard, 2022, p. 84). En consecuencia, la reforma legislativa quedó en letra muerta. En la práctica, se creó una barrera para la efectividad de la legislación, puesto que, para que se aplicara, era necesario recurrir a

los tribunales, lo que implicaba costes. Quienes más podían beneficiarse de la legislación (principalmente las mujeres) eran precisamente quienes tenían mayores dificultades para invocarla.

7. No presentar la legislación con una narrativa convincente (storytelling); la adopción de una comunicación adecuada es un paso importante para el éxito de la legislación

Como se ha visto anteriormente, según las mejores prácticas y las directrices teóricas, el proceso de elaboración de leyes debe pasar por varias etapas analíticas, que incluyen: definir el problema; comprender las acciones previamente emprendidas (o no emprendidas) para resolverlo; enumerar las alternativas disponibles o posibles; deliberar y elegir la mejor opción; adoptar e implementar la legislación; evaluar los resultados obtenidos; y decidir sobre cualquier revisión o modificación eventual de la legislación. Estas actividades coinciden con el ciclo tradicional de políticas públicas, cuyo proceso, como es sabido, no es tan lineal como sugiere la lista anterior.

Todas las fases del proceso legislativo están impregnadas de argumentación, que es fundamental. Si bien no se menciona aquí, la comunicación sobre cada una de estas fases es un elemento clave para dar visibilidad y lograr los objetivos con la claridad necesaria. Subestimar la importancia de la retórica y el desarrollo de las habilidades comunicativas necesarias para la redacción de leyes es uno de los factores que pueden contribuir a los fracasos legislativos.

La comunicación eficaz de una propuesta legislativa formaliza los conceptos y permite que los debates avancen. Debe abarcar tanto el contexto como el proceso. Implica la capacidad de los redactores para explicar y defender el plan de acción, y para presentar la propuesta de forma persuasiva en el debate público. Al redactar una ley, lo que no se puede escribir o explicar de forma sencilla y convincente tiende a fracasar. Identificar argumentos persuasivos desempeña un papel crucial en el proceso, incluso más que el razonamiento basado en demostraciones lógicas, datos, información y pruebas.

El carácter argumentativo orientado a justificar normas es explorado por varios autores, como Atienza (1997; 2004), Oliver-Lalana (2022) y otros. A este enfoque se suma el elemento estratégico desarrollado por Majone (1989), que consiste en integrar la propuesta legislativa en una *narración (storytelling)*, un relato plausible construido de forma sencilla y convincente sobre las razones de la legislación propuesta y su implementación. Esta narración constituye

una herramienta explicativa y, al mismo tiempo, una prueba decisiva de la claridad y coherencia de las ideas, así como de la consistencia del proyecto de ley con el objetivo político original (Goddard, 2022, p. 161).

Los actores deberán explicar sus posturas en el ámbito político. Por ello, Majone (1989) sostiene que el analista involucrado en el desarrollo de políticas públicas debe 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 la construcción de consenso en el proceso de formulación de políticas públicas. El objetivo principal es, mediante la presentación de evidencias y argumentos, posibilitar la deliberación pública. El responsable de la formulación de políticas no debe limitarse a identificar soluciones a los problemas subyacentes a las propuestas, sino que debe buscar persuadir y comunicar eficazmente, trascendiendo la mera aplicación de modelos racionales de toma de decisiones.

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

Según Smith (2013, p. 23), la comunicación tiene como objetivo producir información útil para el proceso político de elaboración de leyes. La información útil posee cuatro características principales: ayuda a resolver problemas; impulsa la acción; tiene consecuencias; y es accesible al público. Al redactar una comunicación o decidir proporcionar información sobre el proceso legislativo, es importante responder a algunas preguntas: ¿A quién va dirigida? ¿Cómo ayudará a resolver el problema? ¿Cuál es el objetivo de proporcionar la información? ¿Qué consecuencias se esperan de esta información? ¿Qué impacto podría tener? ¿Cómo se hará pública esta información?

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

8. Conclusión

Este trabajo abordó la idea de los fallos legislativos, enumeró algunas de sus principales causas y señaló cómo las directrices disponibles para mejorar la redacción legislativa pueden ayudar a prevenir la aprobación de leyes que no alcancen los resultados esperados o que, aunque avancen en esa direc-

ción, lo hagan a un alto costo o con efectos secundarios indeseables o, peor aún, agravando el problema que pretendían resolver. La lista no pretendía ser exhaustiva, sino simplemente comprender los factores más comunes que conducen a diferentes tipos de fallos legislativos e ilustrar que ciertos fallos podrían evitarse con la aplicación de métodos apropiados.

Sin embargo, resultó que el fracaso legislativo no es del todo negativo, ya que forma parte de un proceso de aprendizaje. Sin fracasos, la legislación no evoluciona. Siguiendo la afirmación de Gouvin (1994, p. 1286), sin la posibilidad de fracaso, el proceso legislativo pierde un vínculo vital y la posibilidad de mejora. De ahí la importancia de identificar correctamente el problema que la ley pretende resolver. Sin esto, es imposible evaluar la eficacia legislativa, que se mide por los problemas que la legislación buscaba solucionar. Por lo tanto, no identificar el problema dificulta medir su éxito o fracaso.

Incluso con la aplicación previa de la metodología para una legislación racional, pueden producirse fallos. Pueden haber surgido causas externas o los mecanismos pueden no haber identificado las vulnerabilidades *ex ante*. Sin embargo, los fallos *ex post siempre pueden evaluarse*. Por lo tanto, es recomendable realizar evaluaciones legislativas, 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 fallos legislativos.

La lista de las principales causas de fracasos legislativos analizadas omitió algunas deficiencias en la planificación legislativa que ya han sido suficientemente documentadas en la literatura, como, por ejemplo, ignorar la importancia de las instituciones que serán responsables de implementar la legislación, ya sea aplicándola, interpretándola o garantizando su cumplimiento. Si ya existen, es necesario conocer su funcionamiento en la práctica; de lo contrario, es fundamental planificar su implementación al redactar la legislación (Bardach, 1977). Sin duda, la falta de capacidad institucional es una de las principales causas de fracasos legislativos (King; Crewe, 2014).

Tampoco se profundizó en otro error común: descuidar el hecho de que la perspectiva más importante a considerar es la del destinatario final de la legislación, las personas a quienes se aplica la ley; si estas personas desconocen la legislación o no comprenden sus normas, la legislación tiende a fracasar. En este sentido, la accesibilidad es un elemento esencial para la eficacia de la ley. 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 objetivo de la legislación es especializado, es recomendable utilizar un lenguaje técnico.

Como se ha visto, muchos fracasos legislativos se deben a la falta de atención a los cambios de comportamiento que una nueva ley fomentará, considerando no solo las consecuencias a corto plazo, sino también a mediano y largo plazo. No prestar suficiente atención a los incentivos a largo plazo que genera la ley —como ocurrió, por ejemplo, en los casos del impuesto a las ventanas, los días sin autos en la Ciudad de México, las serpientes y las ratas— genera los peores tipos de fracasos legislativos, aquellos que exacerban el problema que pretendían solucionar.

Un argumento más complejo sobre los fracasos legislativos se encuentra 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 denomina la “ideología del alto modernismo”, predominante en el siglo XX, que consistía en la creencia en la capacidad de la ciencia y la tecnología para transformar la sociedad, lo que condujo a la aplicación de soluciones únicas y universalmente aplicables, ignorando los contextos locales específicos; 3) los estados autoritarios, con mayor capacidad para imponer planes de ingeniería social desde arriba, reprimir la resistencia y el feedback de la sociedad civil y eliminar la adaptabilidad y la capacidad de respuesta ante problemas imprevistos; y 4) una sociedad civil debilitada, que carece de la capacidad para resistir los planes de ingeniería social impuestos por el Estado. Si bien este enfoque no se ha explorado en profundidad en este trabajo, no es incompatible con el utilizado aquí.

En resumen, considerando todo lo expuesto, se afirma que las causas más comunes del fracaso legislativo radican en fallos durante su planificación, deficiencias en el análisis, especialmente del problema (debido a la falta de recopilación de información relevante), y en el reconocimiento y la predicción de las consecuencias. Cuanto más explícito sea el problema que la legislación pretende resolver, los objetivos que busca alcanzar y cómo lograrlos (los medios para ello), mayores serán las posibilidades de identificar y corregir cualquier fallo. Sin estos elementos mínimos, la evaluación misma puede verse comprometida. Y la omisión de evaluaciones legislativas es una de las causas del fracaso legislativo.

Referencias

ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, M. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004.

BARDACH, E.: *The implementation game: what happens after a bill becomes a Law*. Cambridge: The MIT Press, 1977.

COSTA, A. *Leis absurdas: 51 leis absurdas que você não conhecia*. São Paulo: LVM Editora, 2021.

DAVIS, L. The effect of driving restrictions on air quality in Mexico City. *Journal of Political Economy*, 116 (1): 38-81, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/529398>. Consultado el: 26 nov. 2025.

ELLERY, R. *et al.* Controle sintético como ferramenta para avaliação de políticas públicas. In: SACHSIDA, A. (org.). *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*, Brasília: IPEA, 2018.

ESKELAND, G. S., FEYZIOGLU, T. Rationing can backfire: the “Day without a car” in Mexico City. *The World Bank Economic Review*, 11 (3): 383-408, 1997. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3990252>. Consultado el: 26 nov. 2025.

GODDARD, D. *Making laws that work: how laws fail and how we can do better*. Oxford: Hart Publishing, 2022.

GOUVIN, E. Truth in savings and the failure of legislative methodology. *University of Cincinnati Law Review*, 62: 1281-1376, Cincinnati, 1994.

HOOD, C. *The tools of government*. Chatham: Chatham House Pblrs, 1986.

HOWLETT, M. What is a policy instrument? Tools, mixes, and implementation styles. In: ELIADIS, P.; HILL, M.M.; HOWLETT, M. (eds.). *Designing government: from instruments to governance*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 2005.

KING, A.; CREWE, I. *The blunders of our governments*. London: Oneworld, 2014.

MAJONE, G. *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*. New Haven: Yale University Press, 1989.

MASHAW, J.; HARFST, D. Regulation and legal culture: the case of motor vehicle safety. *Yale Journal on Regulation*, 4 (2): 257-316, New Haven, 1987.

- MENDES, M. (org.). *Para não esquecer: políticas públicas que empobrecem o Brasil*. Rio de Janeiro: Autografia, 2022.
- OLIVER-LALANA, A. D. Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación. In: OLIVER-LALANA, A. D. (ed.). *Debatiendo leyes: estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*. Madrid: Dykinson, 2022.
- PAYNE, J. M. *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.
- RUBIN, E. The conceptual explanation for legislative failure. *Law & Social Inquiry*, 30 (3): 583-606, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2005.tb00354.x>. Consultado el: 26 nov. 2025.
- RUBIN, E. Legislative methodology: some lessons from the Truth-in-Lending Act. *The Georgetown Law Journal*, 80 (2): 233-307, Georgetown, 1991.
- SCHUETTINGER, R. L., BUTLER, E. F. *4000 años de controles de precios y salarios*. Madrid: Unión Editorial, 2020.
- SCOTT, J. C. *Lo que ve el Estado. Cómo ciertos esquemas para mejorar la condición humana han fracasado*, México: FCE, 2021.
- SMITH, C. *Writing public policy*. Oxford: OUP, 2013.
- STEIN, E. et al. *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, 2006.
- ZAPATERO, V. *El arte de legislar*. Pamplona: Arazandi, 2009.