

HACIA UNA VISIÓN INTEGRAL DE LA CALIDAD LEGISLATIVA. INTRODUCCIÓN A LA SECCIÓN MONOGRÁFICA “LA CALIDAD DE LA LEY”

Josep Maria Vilajosana i Rubio*

1 Un único punto de vista no es suficiente

No descubro nada nuevo si digo que el funcionamiento cotidiano de un país requiere la aprobación de leyes (en sentido ordinario y en sentido técnico), si bien una ordenación óptima demanda la promulgación de buenas leyes. Ahora bien, ¿qué rasgos debe tener una ley para ser buena? ¿Cómo se obtienen estos rasgos? ¿Cómo se evalúan sus resultados? Tradicionalmente se ha intentado responder estas y otras preguntas relacionadas bajo el rótulo “teoría y técnica de la legislación”. Se trata de un estudio en el que ha predominado la visión propia del derecho administrativo. Sin embargo, no hay consenso a la hora de concretar su contenido, ni, por tanto, acerca del tipo de disciplinas que tendrían que participar en él.

Si hubiera que diseñar un curso ideal sobre teoría y técnica de la legislación, quizás podríamos acordar su itinerario, a pesar de ser conscientes de las enormes dificultades que debería afrontar quien se atreviera a ponerlo en práctica. La principal de estas dificultades, aunque no la única, es que el estudio de esta temática, para que sea provechoso, debe ser forzosamente multidisciplinar. Se habla mucho de la necesidad de reunir estudios de diverso tipo en muchos ámbitos que tienen que ver con el análisis jurídico, pero, si hay uno en el que se pone más de manifiesto la necesidad de no permanecer anclados en una sola perspectiva de análisis, este es sin duda el referido a la calidad de las leyes.

A continuación, partiendo de una clásica distinción de niveles de racionalidad que proviene de Manuel Atienza (pueden verse las oportunas referencias en la contribución de Carolina Fernández Blanco), haré un breve repaso de los puntos mínimos que una perspectiva multidisciplinar como la que acabo de mencionar debería abordar. No pretendo agotar el repertorio; mi intención es presentarlos de forma ordenada, para que así podamos comprobar su alcance. Por el camino aludiré, también de forma concisa, a las diferentes contribuciones que se reúnen en este número monográfico y que son una muestra, ilustrativa pero forzosamente limitada, de este planteamiento integral que propongo.

2 Cinco perspectivas para evaluar la calidad de las leyes

La calidad de las leyes puede referirse tanto a cuestiones propiamente de técnica legislativa como de teoría de la legislación. Y es evidente que es necesario estar atentos a las diversas etapas en las que puede dividirse el proceso legislativo. Estas etapas son básicamente la planificación normativa, la redacción y aprobación de la ley y, posteriormente, la evaluación de su impacto.

Normalmente el énfasis se ha puesto en el resultado legislativo y en el posterior efecto que este pueda tener en la sociedad, como veremos que sucede en la mayor parte de las contribuciones que conforman este monográfico. Por eso es interesante el planteamiento de Joan Ridao i Martín, realizado desde la perspectiva del

* Josep Maria Vilajosana i Rubio, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra, presidente de la Sociedad Catalana de Estudios Jurídicos (sociedad filial del Institut d'Estudis Catalans) y miembro del consejo de redacción de la *Revista Catalana de Dret Públic*.

derecho parlamentario. Ridao fija su mirada en ciertas cuestiones que tienen que ver más con el procedimiento legislativo que con el resultado, con la intención de hacerlo más ágil y participativo. En este sentido, el autor propone una serie de cambios organizativos en los parlamentos sobre los que sería bueno reflexionar, que tienen que ver con cuestiones tan relevantes como la tramitación directa y urgente de las leyes, el abuso de las leyes ómnibus o la limitación de los derechos de los parlamentarios en la tramitación legislativa.

Por tanto, todas las etapas son importantes (planificación, redacción y evaluación), y creo que, en cada una de ellas, deberíamos ser capaces de tener en cuenta cinco interrogantes que nos ayudarían a que las tres etapas fueran lo más exitosas posible.

Ante todo, dado que el derecho en su conjunto está pensado para motivar el comportamiento de los destinatarios de las normas, podemos entender esta relación entre autoridad y sujeto normativo como un proceso de comunicación. Desde esta perspectiva, habrá que preguntarse qué requisitos deben darse para comunicar adecuadamente el mensaje que se quiere transmitir.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que cada nueva normativa aprobada se incorpora a un ordenamiento previamente existente. Los juristas no entienden ese ordenamiento como un simple conjunto de normas, sino como un sistema jurídico. La diferencia entre *conjunto* y *sistema* es que mientras el primero puede reunir elementos que no guarden relación alguna entre ellos, cuando se habla de *sistema* se entiende que a un determinado conjunto se le añade una relación. Por tanto, habría que estar atentos a todos los problemas que pueden surgir por el hecho de que los ordenamientos jurídicos sean concebidos como sistemas jurídicos y no como simples conjuntos inconexos de normas.

En tercer lugar, es importante comprobar la relevancia de las leyes tanto en lo que se refiere a la vertiente de la simple aplicación como a la vertiente de su cumplimiento. Como es sabido, no todas las leyes reciben el mismo grado de obediencia. Si es así, resulta útil explorar las causas de ello.

En cuarto lugar, sin duda es relevante, para medir la calidad de las leyes, su racionalidad estratégica, es decir, hasta qué punto, entendida una normativa como medio, se alcanzan las finalidades previstas.

Por último, un aspecto muy descuidado, pero que un análisis integral de esta materia debería contemplar, es el que hace referencia a la coherencia valorativa. Dicho en pocas palabras: si hay unos valores políticos y morales que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico, tal y como ocurre con las democracias liberales, la normativa que se apruebe debería ser compatible con los valores que las definen.

A continuación haré un breve comentario de cada una de estas cinco perspectivas. Espero poner de relieve algunos de los problemas que es preciso afrontar, cuyo abordaje adecuado exige, como ya he dicho, la participación de diversos tipos de análisis, reunidos en una visión integral de la calidad legislativa.

3 ¿Se comunica adecuadamente el mensaje?

Aquí el foco de atención debería ponerse en buena parte de lo que muchas veces se ha analizado bajo el paraguas de "técnica legislativa". Algunos de los problemas son simplemente lingüísticos, por lo que la normativa debe estudiarse desde el punto de vista sintáctico (relación entre las palabras y con las reglas gramaticales), semántico (relación entre las palabras y los significados) y pragmático (relación de las palabras con el contexto y la situación). En este ámbito, es necesario tener en cuenta los avances en lingüística y en filosofía del lenguaje. De hecho, es un campo de estudio bastante cultivado en nuestro entorno. Se suele combinar con análisis sobre la estructura de las leyes –que abarca desde la exposición de motivos, pasando por el articulado, hasta llegar a aspectos como el de las remisiones– y, quizás menos, con rasgos formales relativos a la dinámica jurídica –como son la promulgación y la derogación.

En mi opinión, no obstante, es necesario que esta clase de estudio se complemente con otro que tenga por objeto la concreción de cada tipo de normas que pueden aparecer en el articulado de una ley (como normas prescriptivas, normas constitutivas, principios jurídicos y directrices políticas). También sería interesante prestar atención a la especificidad que suponen las definiciones, las normas permisivas, las normas de competencia, las presuposiciones o las ficciones. De este estudio complementario se ha ocupado la teoría del

derecho, aunque normalmente lo ha hecho pensando más en la tarea de aplicación del derecho por parte de los jueces que en el contexto de la teoría de la legislación.

4 ¿Se generan problemas sistémicos?

Son cuestiones bastante estudiadas, también desde la teoría del derecho, las que tienen que ver con los problemas que surgen por postular dos rasgos de los ordenamientos jurídicos: por un lado, que sean dinámicos, es decir, que vayan cambiando al añadir o sustraer normas; por otro, que constituyan sistemas, es decir, conjuntos de normas que se relacionan entre sí (por ejemplo, todo jurista admite relaciones lógicas entre las normas de un sistema jurídico).

Estos dos rasgos combinados hacen que, cada vez que se promulgan nuevas normas o se derogan otras, sea necesario preguntarse qué efecto se producirá en el conjunto del sistema. Son bien conocidos los siguientes problemas sistémicos: antinomias (dos normas que atribuyen a un mismo supuesto de hecho soluciones normativas total o parcialmente incompatibles), lagunas (un supuesto sin solución normativa) o redundancias (un mismo supuesto al que se asignan dos consecuencias parcial o totalmente compatibles). No es fácil erradicarlos, pero, al menos, ser conscientes de ello y tener un método para detectarlos –que, por otra parte, ya existe– podría ayudar a elaborar leyes que se integraran mejor en el seno de un determinado ordenamiento jurídico.

Las dificultades sistémicas aumentan exponencialmente cuando pensamos en ordenamientos complejos como los actuales, en los que es necesario relacionar diferentes sistemas jurídicos no siempre ordenados según el criterio jerárquico. Como ejemplo, baste pensar en la coexistencia nada fácil entre las normativas autonómica, estatal, europea e internacional.

Una forma complementaria de afrontar las consecuencias desagradables de esta caracterización sistémica de los ordenamientos jurídicos pasa, por ejemplo, por luchar contra la inflación legislativa. Aquí tienen cabida análisis del tipo que pone de relieve la contribución de Dolors Canals Ametller, en la que se explican técnicas para contener la inflación normativa (consultas previas y evaluaciones preliminares, la planificación normativa, la justificación y motivación de las iniciativas y la experimentación) y para luchar contra la obsolescencia normativa (caso de la revisión periódica, la evaluación *ex post* y la derogación y la consolidación normativas).

5 ¿Las leyes son obedecidas y aplicadas?

Las leyes contienen normas generales que se aprueban tanto para ser obedecidas por los destinatarios (por hipótesis, la ciudadanía en general) como para ser aplicadas por parte de los jueces cuando tengan que resolver conflictos en casos concretos (buscando lo que a veces se ha tildado de *eficacia jurídica*). Dado que tanto la obediencia como la aplicación son conceptos graduales, en realidad la pregunta pasa a ser en qué medida una determinada ley obtiene obediencia y/o es aplicada por los jueces. Contestar esta pregunta exige un estudio de carácter empírico que debería provenir del ámbito de la sociología jurídica, hasta no hace demasiado tiempo poco desarrollada entre nosotros.

En este contexto pueden surgir problemas interesantes, como el representado por la existencia de “normas perversas”, que muestran casos de fracaso en la obediencia. Analizarlos convenientemente demanda una perspectiva que, en principio, los juristas pueden ver muy alejada de sus intereses, como la de los estudios de psicología social. Pero, tal y como pone de relieve la contribución de José Miguel Fernández Dols, no parece que tomarse en serio este asunto esté de más para el legislador. Efectivamente, este autor, que en varios trabajos ha desarrollado el concepto de “norma perversa”, muestra que hay circunstancias psicosociales que deberían tenerse en cuenta a la hora de legislar. Al hacerlo, quizás podrían evitarse supuestos en los que el legislador tiene la pretensión de que se cumplan unas normas, pero, teniendo en cuenta la psicología de las personas que conforman el grupo social al que se dirigen, la pretensión se vuelve ilusoria.

6 ¿Las leyes son efectivas y eficientes?

Dejando aparte el propósito general de que las leyes se promulgan generalmente para ser obedecidas, todas ellas, en función de la materia que regulan, pretenden tener determinados efectos. Aquí entran en juego la efectividad y la eficiencia legislativas. La efectividad tiene que ver con el simple hecho de que con la ley se alcanza el objetivo perseguido, es decir, es un medio idóneo para llegar a la meta prevista. La eficiencia, a su vez, supone llegar al objetivo, pero empleando los mínimos recursos posibles. Por tanto, ante dos legislaciones que sean efectivas, será más eficiente la que alcance la finalidad prevista con el menor coste.

En relación con la efectividad, es interesante distinguir las leyes funcionales (que son precisamente las efectivas: alcanzan el objetivo) de las afuncionales (que no lo alcanzan) o, incluso, disfuncionales (que tienen como efecto lo contrario de lo que se proponían). Tanto desde la sociología como desde la economía se podría hacer una buena contribución a la calidad legislativa, viendo las condiciones que deben darse para que las leyes sean funcionales y eficientes.

Además de lo que acabo de decir, una visión estratégica de la legislación requiere estudios que contemplen esta adecuación del medio a la finalidad prevista desde más puntos de vista. Por eso es necesario tener claros los propósitos del legislador (deberían ser siempre explícitos) y tener en cuenta que pueden producirse ciertas desviaciones, tales como efectos colaterales o la presencia de leyes simbólicas.

El estudio de Carolina Fernández Blanco tiene por objeto precisamente este último tipo de leyes, aunque no considera que su existencia constituya siempre una desviación. En este sentido, la autora realiza una serie de distinciones que nos permiten comprobar, primero, que existen diferentes tipos de leyes simbólicas (o, mejor, grados distintos de simbolismo en cada ley), y, segundo, que no siempre pueden ser tildadas de irracionales.

Por otro lado, ser consciente, a la hora de diseñar las leyes, de los efectos que pueden tener conecta con funciones que corresponden a una administración pública moderna, que siempre tenga presente el principio de optimización, aplicando de forma sistemática técnicas de evaluación que pasan por construir indicadores relevantes de calidad legislativa y listas de comprobación. Ideas sugerentes en este aspecto aparecen con el análisis del estado de la cuestión tanto desde la experiencia catalana como desde el ámbito europeo.

Así, en la contribución de Paula Ortí Ferrer se destaca, entre otras cosas, la existencia de la obligación de elaborar una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas, en la que es necesario valorar: el impacto presupuestario, el impacto normativo –en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para las empresas y los ciudadanos–, el impacto de género y el impacto económico y social, con los costes y beneficios para sus destinatarios y para la realidad social y económica.

Por su parte, la contribución de Clara Marsan Raventós se centra en el análisis de la regulación de la evaluación de la calidad de las leyes en el ámbito europeo, con una descripción de la puesta al día del programa de la Comisión Europea *Better Regulation*. La descripción incluye los antecedentes históricos de estas medidas, y, aunque se valoran positivamente, no se ahorran críticas en lo que se refiere a su implementación.

7 ¿Las medidas aprobadas son valorativamente coherentes?

Este último tipo de análisis debe plantearse desde el punto de vista del derecho constitucional y la filosofía del derecho, con un ojo puesto en la filosofía política y el otro en la filosofía moral. Efectivamente, si un estado se define como una democracia liberal y lo hace constitucionalmente, es necesario que la legislación sea compatible con esta definición.

Por ejemplo, la Constitución española define España como un Estado democrático de derecho (art. 1.1) y contiene una serie de derechos fundamentales basados, en último término, en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Pues bien, si esto es así, habría que ser cuidadoso, a la hora de legislar, para que la forma en que se regulan las diferentes materias, sobre todo las que pueden tener un mayor impacto en la configuración de una democracia de calidad, no contradigan los fundamentos democráticos y

liberales en los que esta se sustenta. Evidentemente, es necesario hacerlo respetando las propuestas políticas que provienen de las diferentes ideologías partidistas.

Quiero aclarar que no me refiero solo a una suerte de control previo de constitucionalidad, similar a lo que puede hacer con posterioridad el Tribunal Constitucional. Se trata de ser consecuente con la identidad que se predica. Por ejemplo, las medidas contenidas en las leyes deberían pasar una especie de test de justificación valorativa con una pregunta del tipo: ¿esta medida puede justificarse porque contribuye al desarrollo de las potencialidades humanas o por razones perfeccionistas? Si queremos ser consecuentes con la definición, habría que rechazar toda medida que solo admita la segunda justificación, dado que esta es más propia de regímenes fundamentalistas que de democracias liberales.

Las contribuciones que conforman este número monográfico, evidentemente, no responden a todos los interrogantes que he planteado, ni todas las perspectivas que requeriría una teoría de la legislación integral se ven reflejadas en ellas. Sin embargo, tal y como queda patente por las referencias que he hecho y, sobre todo, por la lectura a la que animo al lector que haga, se tratan varias de esas cuestiones y de una manera profunda y original. Además, contienen análisis de otras muchas cuestiones que desbordan con creces el simple esquema que aquí he esbozado.

Quiero terminar esta breve presentación haciendo una mención elogiosa del dossier elaborado por Henry Mauricio Reyes Garcés. No es una simple recopilación de referencias sobre esta temática, que, como vemos, es bastante compleja: constituye casi una guía mediante la cual se pueden repasar algunos de los problemas primordiales que la teoría y la técnica de la legislación se plantean en el mundo contemporáneo.