

CONSIDERACIÓN DENE DA CIENCIA DA ADMINISTRACIÓN SOBRE AS NOVAS TÉCNICAS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Miguel Anxo Bastos Boubeta

Profesor axudante do departamento de
Ciencia Política e da Administración
Universidade de Santiago de Compostela

1. Introducción

A mellora e desenvolvemento de técnicas analíticas de apoio á produción normativa é quizais o aspecto menos atendido de todo o amplo abano de propostas de reforma e modernización que se fixeron nos últimos vinte anos. As reformas incidiron principalmente no sistema de incentivos da función pública ou no redeseño das súas estruturas, pero desestimaron na maioría das ocasións o cambio nos procedementos de elaboración de leis e regulamentos, a pesar de terse desenvolvido todo un complexo corpus de coñecemento dedicado a tal fin. Do mesmo xeito, a produción normativa parece se-la grande esquecida nos actuais proxectos de mellora da calidade administrativa. Preocupa a calidade dos servizos prestados pola Administración e invístense inxentes sumas de diñeiro con tal fin, pero esquecese aplicarlle os mesmos principios á creación da norma administrativa. Imos polo tanto analizar, polo miúdo, cáles son as principais achegas no desenvolvemento lexislativo, en especial as propostas de participación cidadán e de avaliación da lexislación, tendo en conta que algunhas delas foron recollidas polo lexislador espa-

ñol. Estas técnicas son unha concreción dos procesos de racionalización do dereito, emprendidos na maior parte dos códigos legais dos países europeos nos últimos anos¹, procesos que non son privativos do mundo da administración pública, senón que se pretende, alomenos desde algúns sectores da doutrina, que se estenda á totalidade do proceso político². Pero tamén hai que dicir que moitas destas técnicas, tal e como son propostas pola Lexística, que é como se coñece a disciplina que se ocupa do deseño das leis³, non merecen, na opinión de quen isto escribe, ser tomadas en serio, pois da súa aplicación, entendo que se derivarían máis males ca bens como veremos máis adiante. Incorporaremos, en consecuencia, un rumbo crítico na análise das novas técnicas xurídicas, tratando de discriminar entre aquelas medidas que efectivamente consigan adecua-la produción de normas ás necesidades da sociedade actual, que tal debe se-lo obxectivo destas reformas lexislativas⁴, daquelas que non pasan de ser mera retórica dedicada a xustifica-lo traballo de inútiles gabinetes e centros de asesoramento, ou a expandi-los orzamentos e os medios humanos de unidades administrativas ociosas⁵.

2. A participación cidadán na produción lexislativa

No ámbito da administración pública non se adoita falar en termos de dereita e esquerda, pero de establecerse tal distinción o principal criterio definidor sería o da menor ou maior énfase respecto da participación de cidadáns e usuarios nos procesos de xestión ou de elaboración das normas administrativas⁶. En efecto, por unha banda os sectores máis tradicionais da doutrina⁷, alomenos neste aspecto, veñen cuestionado o

¹ Vid., HEINZ SCHÄFFER, «Racionalización y creación del Derecho» en *Documentación Administrativa*, nº 218-219 (abril-setembro 1989), pp. 153-195.

² A pretensión de racionaliza-lo mundo político e social é analizada críticamente en: John Ralston Saul, *Los bastardos de Voltaire*, Andrés Bello, Barcelona, 1998.

³ Vid., J. Chevallier, «La juridicisation des preceptes manageriaux» en *Politiques et management publique*, vol. 11, nº 4, dec. 1993, pp. 111-134.

⁴ Ver al respecto: MARTÍN BULLINGER, «La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad» en *Documentación Administrativa*, nº 234 (abril-xuño 1993), pp. 85-113.

⁵ Unha visión moi crítica, pero ao meu ver moi realista, do proceso de creación de normas e dos intereses egoístas que o moven pode verse en: Bruce Benson, *Justicia sin Estado*, Unión editorial, Madrid, 2000.

⁶ Vid., Q. BRUGUÉ, M. AMORÓS e R. GOMA, «La Administración Pública y sus clientes: ¿Moda organizativa u opción ideológica? En *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 1, setembro-diciembre 1994, pp. 33-46.

⁷ Ver ó respecto: Ramón Parada, *Derecho Administrativo: Vol. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1991. pp.28-9

principio de autoridade polas propostas de aqueles que lle achacan boa parte dos males da Administración pública (entre outros factores) á insuficiente incorporación do cidadán ós procesos e derivan, polo tanto, de aí a necesidade da transformación do dereito administrativo, tanto no seu contido coma na súa xénese⁸. Sen embargo, neste punto, os defensores do principio de autoridade, ou sexa de competencia técnica e profesional⁹, perderon a batalla fronte ós partidarios da democracia participativa e da comunidade ideal de diálogo¹⁰ á hora de formular políticas públicas. Pero a ofensiva participativa non é nova, polo menos en España. En efecto, a pesar de ser presentado como unha novidade dentro dos procesos de modernización da Administración pública¹¹, o principio de participación dos cidadáns e de grupos afectados na elaboración das normas¹² está presente na Constitución española e prevese polo tanto o desenvolvemento de iniciativas neste senso. O certo é que estas previsións constitucionais non tiveron demasiada vixencia ata tempos recentes, polo menos no que lles toca ós cidadáns entendidos de forma particular, pois sindicatos, partidos, colexios profesionais e patronais levan tempo incidindo e sendo escoitados tanto na formulación de normas coma na súa execución. Pero o debate recente na politicoloxía quere afondar, alomenos na teoría, na democracia de base, isto é na participación do cidadán como tal ou agrupado en organizacións de base, non en grandes organizacións corporativas consideradas como demasiado poderosas¹³. Para isto, tratan de establecérense, aproveitando en moitos casos novas tecnoloxías como a internet, formas innovadoras, isto é que vaian alén das formas xa previstas para incorporarlle a opinión cidadán ó proceso lexislativo, como poden se-las enquisas, as consultas especifi-

⁸ Vid., HARTMUT BAUER, «¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?» en *Documentación Administrativa*, nº 234 (abril-xuño 1993), pp. 133-160.

⁹ Vid., THOMAS MOLNAR, *Authority and Its enemies*, Arlington House, New Rochelle N.Y, 1976.

¹⁰ Vid., Thomas Webler e Seth Tuler, «Fairness and Competence in Citizen Participation» en *Administration & Society*, vol. 32, nº 5, November 2000, pp. 566-595.

¹¹ Un exemplo da incorporación deste principio na lexislación pode verse na Lei 50/1997 do 27 de novembro, de organización, competencia e funcionamento do goberno, en especial cando se refire á iniciativa lexislativa e potestade regulamentaria.

¹² A Constitución prevé a consulta de cidadáns, sindicatos, asociacións empresariais, colexios profesionais, partidos, etc. Tamén permite a iniciativa lexislativa popular, o xurado na Administración de Xustiza ou a consulta en asuntos de planificación, entre outras posibles formas de participación cidadán. Vid., Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «La participación en Administración Pública: Principios y límites» en *La Participación. Anuari de la Facultat de Pret*, Estudi General de Lleida, 1985, pp.63-106.

¹³ Vid., Peter deLeon, «The Democratization of the Policy Sciences» en *Public Administration Review*, vol. 52, nº 2, March/April 1992, pp. 125-129.

cas ou a iniciativa lexislativa popular. Tamén cómpre lembrar que a participación cidadán non se cingue, en exclusiva, á elaboración de normas e regulamentos, senón que adoita usarse para controla-lo desempeño desa norma, unha vez aprobada, e avaliar deste xeito o seu rendemento, como veremos máis adiante¹⁴. Podemos citar, seguindo a Joan Subirats¹⁵, algunhas destas iniciativas:

▮ Experiencias de participación baseadas na información e o debate. Pódense cita-los xurados de cidadáns ou núcleos de intervención participativa e as conferencias de consenso ou grupos de mediación. Todas teñen en común a vontade de mesturar na deliberación sobre o proxecto, os coñecementos técnicos e as opinións defensoras dos intereses sociais. Estas técnicas poden usar procedementos aleatorios de selección de cidadáns, establecendo mostras de cidadáns que pretenden ser representativas do grupo interesado na normativa. O xurados de cidadáns úsanse basicamente para informa-los decisores dos puntos de vista meditados dun grupo de cidadáns escollidos aleatoriamente que se reúnen durante varios días con información sobre o tema. As enquisas deliberativas buscan establecer unha mostra representativa, darlles información e que despois procedan a contestar unha enquisa especialmente deseñada. As conferencias de consenso, buscan tamén coñece-la opinión da xente común, previamente informada, sobre algún tema. Neste caso a selección non é aleatoria, senón que só se consulta a aqueles cidadáns que se autoproponen, tras publicita-lo tema da conferencia. Pola súa parte, os grupos de mediación circunscribíense máis á resolución de conflitos e búscase a implicación de cidadáns e grupos na elaboración de compromisos e respostas. Trátase de informar ó lexislador sobre as alternativas en xogo, non de imporlle propostas.

▮ Implicación de comunidades. Trátase de involucra-las comunidades de afectados por algún problema merecedor de regulación na súa solución para garantir unha maior eficacia na implementación da norma. A base principal de participación é territorial, isto é, buscaríase a forma de que entidades descentralizadas, sobre todo do ámbito local (parroquias, por exemplo) organicen mecanismos de participación e discusión sobre os temas que lles abranguen.

▮ Canles de democracia directa. Para efectos do que estamos a tratar, isto é a produción da norma administrativa, son pouco funcionais. Cando falamos de democracia directa adoitamos referirnos a figuras

¹⁴ Vid., CHRISTOPHER POLLITT, «Bringing Consumers into Performance Measurement: Concepts, Consequences and Constraints» en *Policy and Politics*, vol. 16, n° 2 (1988), pp. 77-87.

¹⁵ Vid., JOAN SUBIRATS, «Democracia: Participación y eficiencia» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, n° 5-6, xaneiro-agosto 1996, pp. 35-44.

como o referendo, sobre todo no ámbito local, tal como se fai en Suíza ou nos Estados Unidos. A técnica moderna, en cambio, permite xeneralizalas consultas populares sobre determinados temas por vía da internet. O establecemento de redes de debate ou o uso do correo electrónico permitirán melloralas capacidade de obter información sobre as opinións cidadáns respecto dos diversos temas.

As formas máis típicas de participación cidadán deben obviamente serlles engadidas aquelas formas de participación na elaboración das normas que prevén a consulta e a implicación dos colectivos profesionais e laborais afectados pola normativa, aínda que para isto xa están previstas canles formais de participación a través de sindicatos e comités laborais, polo que só nos centramos na participación cidadán.

A normativa española, no que atinxe á produción de regulamentos administrativos, concrétase na necesidade de dar audiencia durante un prazo razoable, de forma directa ou a través de organizacións ou asociacións recoñecidas pola lei que os representen, sen concretar cál debe serlo tipo de audiencia ou consulta a que se debe somete-lo lexislador. Non se concreta nin se fai referencia explícita a ningunha das formas de participación antes vistas, máis cremos que algunha das propostas antes referidas podería perfectamente ser aplicada ó proceso normativo.

Mais a participación cidadá, ou dos colectivos profesionais afectados, non está exenta de problemas. A participación parece ser unha destas ideas que todo o mundo apoia retoricamente, pero que tódolos gobernantes adían á hora de pola en práctica. E non só por cuestións técnicas ou do custo de pola en práctica, que son as escusas que habitualmente se aducen para eludirla súa aplicación, senón porque as virtudes de tales técnicas non están tan claras como argumentan os seus defensores. En primeiro lugar, estaría a cuestión da corporativización da participación. Na maioría dos casos a participación na elaboración de normas adoita ser aproveitada polas organizacións que teñen intereses nestas. Sindicatos e grupos de interese adoitan se-los principais beneficiados pola participación cidadá na formulación das leis. Só eles contan coa información e a disposición de medios humanos e materiais para participar de forma efectiva na elaboración de normas. Corre o risco de establecérense «cidadáns profesionais» cunha función que sexa a de representa-lo conxunto da cidadanía nestes labores e que representen realmente os intereses das súas organizacións.

Outros problemas que poderían derivarse da democracia participativa teñen máis que ver coa disfuncionalidade de tales técnicas. En primeiro lugar, a participación cidadá pode dificultar e ralentizar moito o procedemento de elaboración de normas. Se hai que prima-la participación e a deliberación pérdese moito en resolubilidade, ademais de que, en segundo lugar, a participación pode ser paradoxalmente menos par-

ticipativa cos procedementos formalizados antigos. Na democracia representativa todo o mundo ten un voto e pode exercelo delegando naquelas persoas que se consideren máis afíns, pero á hora de participar non todo o mundo conta coas mesmas habilidades. Non todo o mundo ten os mesmos coñecementos, capacidade oratoria ou experiencia política como para participar en igualdade de condicións nun debate, sobre todo se este é público. A persoa con poucos dotes deste estilo verase en inferioridade de condicións respecto das persoas que si posúen estes dotes, mais se estas son profesionais da participación, polo que á hora da verdade pode ser que só participen uns de forma efectiva frustrando así as aspiracións de moitos cidadáns. En moitas ocasións, pode ser máis participativa *de facto* a xerarquía formal, pero lexitimada por unha elección que unha participación formalmente igualitaria pero elitista.

A estas críticas asociadas ás deficiencias do modelo participativo de elaboración de leis débenselle engadi-las críticas daqueles autores, como é o caso de Dror, que defenden unha lexística elitista, afastada por completo dos modelos participativos¹⁶. Este autor, en concreto, propón todo o contrario: pretende melloral-a capacidade de gobernar e de elaborar leis elevando a cualificación dos gobernantes, tanto pola vía de selección dos máis capaces, tras duras probas intelectuais e de carácter, como por medio de elevalo seu nivel formativo, creando escolas de alto rendemento para gobernantes e altos funcionarios. O seu modelo é puramente tecnocrático, só os máis capaces e os mellor formados deben te-la potestade de elaborar leis nun mundo tan complexo e globalizado como o de hoxe, ó estar o cidadán común totalmente incapacitado para entender esta problemática e, polo tanto, deslexitimado para participar no proceso lexislativo.

3. A avaliación da lexislación

3.1 Técnicas de avaliación da calidade administrativa *ex-ante*¹⁷

Dende algúns sectores da doutrina críticase a abundancia de lexislación inútil que é fabricada polos lexisladores, da cal moita permanece sen aplicar por ter sido mal deseñada dende o principio. Este exceso de lexislación xera confusión entre os cidadáns e desanima o cumprimento da lei ó observar que a lexislación non é tomada en serio ó mesmo

¹⁶ Vid., Yehezkel Dror, *La capacidad de gobernar*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1996.

¹⁷ Sobre a distinción entre avaliación *ex-ante* e *ex-post* ver: Jean-Paul Costa «Droit et Évaluation» en *Revue française d'administration publique*, nº 66, avril-juin 1993, pp. 221-226.

tempo que obriga os administradores a un inxente traballo de interpretación e harmonización das leis. A modernización na elaboración das leis e a xustificación previa da súa existencia pasa a converterse nun fértil terreo de estudio¹⁸. Desenvolveuse, como consecuencia disto, todo un conxunto de métodos dedicados a comproba-la calidade e a vixencia das leis, entre os que podemos, seguindo a Montoro Chiner¹⁹, destacalos seguintes:

■ O límite de vixencia das leis. Son leis cuns preceptos que concretan de forma expresa as datas ou circunstancias da súa perda de vixencia ou aquelas cuns preceptos que estean vencellados á consecución de obxectivos concretos, de forma que unha vez cumpridos a norma perde vixencia. As vantaxes residen en que ó contemplarse a automática derogación dos preceptos impídese a súa prolongación *de facto*, xa carente de senso e obriga a reexamina-la lexislación, aprendendo do seu funcionamento e considerando se a súa vixencia pode ser renovada ou non, dependendo do seu éxito.

■ Simulación de leis. Implica experimentar na realidade, tanto as medidas que se van establecer coma os efectos que se esperan destas. Trátase de reproducir no plano real a execución da norma e cómo encaixa esta na realidade social. Pretendemos coñecer, deste xeito, a necesidade da norma e cál é a súa finalidade real para poder retocar aqueles aspectos que debeñen inservibles co tempo. Na simulación adoitan participar aquelas persoas afectadas pola lei ou ex encargados de executala sen unha preparación sistemática.

■ O praxitest. Supón a proba dun proxecto de lei tentando aproximarse o máis posible á realidade na que a lei se vai aplicar. Os destinatarios das normas deben tomar parte en experiencias prácticas de aplicación da lei, experimentando coa lei plenamente desenvolta, isto é, con regulamentos, mandatos e ordes.

■ O Planspiel. É unha representación programada na que participan tódolos destinatarios e interesados en calquera das esferas na que trata o proxecto lexislativo. Pode ser unha representación «en laboratorio» ou na realidade presumible en que se vai desenvolver-la lei. Implica a escenificación de circunstancias, a asignación de papeis e a fixación de condutas. O Planspiel implica a utilización de criterios cos que se xulgarán os efectos, executabilidade, concreción e materialización de tódolos supostos nos

¹⁸ Vid., HEINZ SCHÄFFER, «Modernização da Administração como desafio a legislação.» En *Legislação*, n.º 27, Janeiro-Março 2000, pp. 5-29.

¹⁹ Vid., MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, «La calidad de las normas ¿desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes?» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 48, octubre/diciembre 1985, pp. 507-524.

actos administrativos correspondentes, para poder apreciar quen son os beneficiados e os prexudicados, de onde parten as directrices máximas ou se a Administración pode facer efectivos os dictados da norma.

▮ O Planspiel aritmético-formal. É unha combinación do planspiel anteriormente exposto con modelos de valorización formalizados e informatizados nos que as decisións representan parámetros de modificación e son despois comprobadas a través das repercusións que delas se deriven. Sería adecuado para probar normas que impliquen unha gran mobilización de recursos económicos, como leis de pensións ou relativas á seguridade social.

▮ Simulación formalizada. É un sistema totalmente formalizado e cuantificado no que se expresa a relación entre elementos relevantes da cuestión que se vai analizar e que a través da modificación paramétrica trata de imita-lo comportamento do sistema. Trataría só de cuantifica-lo impacto da norma partindo dunhas suposicións de comportamento dadas.

Estas técnicas teñen en común o de seren realizadas antes de que a lei sexa posta en vigor. Pero hai outro conxunto de técnicas que pretenden avalia-la calidade da lei, unha vez esta foi posta en vigor, e que imos analizar a continuación.

A avaliación das leis ex-post

Unha vez posta en execución a lei, hai que comprobar se está a cumprir cos obxectivos previstos inicialmente polo lexislador. Avalia-la execución dunha lei ou regulamento xa en práctica é unha tarefa espiñenta, pois é case imposible facer unha avaliación que non teña algún tipo de implicación política, xa sexa nas relacións de poder internas dentro da Administración como na política partidista²⁰. As leis Sunset norteamericanas, ás que antes nos referiamos son un bo exemplo de incorporación á lexislación da avaliación de políticas para condiciona-la vixencia ou non dunha norma.

A pesar de todo, dende a Ciencia da Administración elaborouse unha disciplina chamada avaliación de políticas dedicada ó control da execución normativa²¹. O primeiro que convén ter claro antes de avaliar son os conceptos de economía, eficacia, eficiencia e pertinencia²², que son os

²⁰ Vid., MARY HENKEL, «The New 'Evaluative State'» en *Public Administration*, vol. 69, Spring 1991, pp. 121-136

²¹ Vid., XAVIER BALLART, «Evaluación de políticas» en *Revista de Estudios Políticos*, nº 80, abril-xuño 1993, pp. 199-224.

²² Vid., ENRIQUE LÓPEZ GONZÁLEZ, «Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública» en *Documentación Administrativa*, nº 218-219 (abril-setembro 1989), pp. 67-96.

critérios polos que se adoita medir, a falta doutros mellores, o bo desempeño dunha lei. A economía consiste en adquiri-los recursos necesarios na cantidade e calidade apropiadas da forma máis barata posible. A eficiencia pola contra é a relación entre os medios usados para conseguir un obxectivo e os resultados obtidos, mentres que a eficacia consiste en comprobar en que medida a norma acadada os obxectivos procurados. Por último, a pertinencia refírese á relación entre os obxectivos que se van buscar e os medios usados para acadalos. De acordo con estes criterios o avaliador usa ferramentas cuantitativas (estatística, modelos formalizados) ou cualitativas (entrevistas, participación cidadán) para comprobar primeiro se o proceso de execución da lei está sendo levado a cabo da forma esperada. O control de xestión convertese neste tipo de avaliación no instrumental máis usado²³. Como instrumentos de control da lexislación propóñense medidas como crear departamentos centralizados de control, que coordinen o seguimento do desempeño levado a cabo polas unidades administrativas inferiores; o uso de incentivos adecuados que faciliten a correcta medición por parte dos encargados da execución; ou o seguimento continuo dos resultados a través de procedementos depurados de contabilidade pública²⁴. Por outra banda, a avaliación pode medi-lo resultado final da execución da lei a través da busca de indicadores apropiados de medición para poder comparalos cos obxectivos previstos e usando algúns dos criterios de pertinencia anteriormente expostos. Para isto, sería preciso determinar previamente de forma operativa os obxectivos que se pretende acadar para podelos comparar cos efectivamente obtidos e determinar un prazo de tempo que sirva de medida de comparación.

Todas estas técnicas de elaboración de normas teñen algo en común, que é o uso de técnicas máis ou menos rudimentarias de custo-beneficio en calquera das súas variantes. Isto é: presuponse que o avaliador da norma é capaz de establecer ou de computa-los custos e beneficios que os cidadáns recibirán da aplicación da norma e comparalos con algún criterio preestablecido de excelencia²⁵. Suponse, polo tanto, que é capaz de determinar de forma obxectiva cal é o interese público que pretende ser mellorado, se é que se pode determinar de forma certa. A análise de

²³ Vid., EDUARDO ZAPICO e JOHN MAYNE, «Nuevas perspectivas para el control de gestión y medición de los resultados» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 3, maio-agosto 195, pp. 43-53.

²⁴ Vid., Enrique López González, *Técnicas de control de ejecución en la dirección estratégica de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 1988, pp. 153-159.

²⁵ Ver por exemplo: Ilde Rizzo, «The Public Decision-making Process and Cost-Benefit Analysis» en Alan Williams e Emilio Giardina (eds.) *Efficiency in the Public Sector*, Edward Elgar, Aldershot, 1993, pp. 158-170.

custo-beneficio consiste nun conxunto de técnicas analíticas, importadas da chamada economía do benestar, que tratan de computar en termos de unidades monetarias os custos e beneficios asociados a unha determinada intervención pública, descontados en termos financeiros a unidades monetarias de hoxe. O problema principal consiste en imputarlles prezos económicos a eventos dificilmente computables como o tempo, o ruído ou a polución, establecéndose para isto os chamados prezos sombra, que son estimacións contables deses imponderables²⁶. A análise de custo eficacia sería moi semellante ó anterior, só que usado alí onde non se considera pertinente a cuantificación económica²⁷ como é o caso das leis referidas á saúde ou educación.

Unha crítica á avaliación lexislativa e ás súas técnicas

A avaliación da lexislación en tódalas súas variantes ten como fin o de fornecerlle información ó lexislador para que poida elaborar unha lexislación mellor, pero non debe suplanta-lo lexislador, como moitas veces parece deducirse das lecturas dos apoloxetas desta clase de técnicas. Pódenselle facer moitas críticas a este tipo de técnicas, en especial ó custo-beneficio. Vexamos algunhas delas.

¶ No que atinxe a análise de custo-beneficio, pódenselle facer dous tipos de críticas: unha de corte ético e outra de tipo económico. Eticamente, a análise de políticas públicas ten moitas eivas²⁸ que non permiten a súa aplicación en moitos casos e, por tanto, invalidan a súa aplicación á lexislación. Moitos valores, que xustificarian a intervención pública non resistirían unha análise de custo-beneficio convencional. Por exemplo, as materias relativas á saúde pública ou a seguridade non son valorables en termos monetarios. Dende o punto de vista económico, a análise de custo-beneficio non está tampouco desprovista de problemas. Primeiro, como boa debedora da economía do benestar, parte da presuposición de que se poden facer comparacións intersubectivas de utilidade, isto é que o lexislador pode comparalas utilidades dunha medida legal para dous ou máis individuos e asignar recursos ou valores de acordo con esa comparación. Pero en economía non se po-

²⁶ Vid., EMILIO ALBI IBÁÑEZ, *Introducción al análisis coste-beneficio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989.

²⁷ Unha boa introducción pode verse en: Aaron Wildavsky, «La economía política de la eficacia: Análisis coste beneficio, análisis de sistemas y presupuestos por programa» en EDWARD FOSTER (ed.) *Lecturas sobre análisis coste-beneficio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, pp. 405-456.

²⁸ Vid., STEVEN KELMAN, «Cost-Benefit Analysis: An Ethical Critique» en John Martín Gillroy e Maurice Wade (eds.) *The Moral Dimensions of Public Policy Choice*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1992, pp. 153-164.

den facer este tipo de comparacións de forma centralizada²⁹, só o mercado pode facelas, pois só este pode te-la información necesaria para poder facer asignacións de recursos ou valores a grande escala³⁰. Ningún lexislador pode coñecer os valores ou as preferencias dos individuos, e moito menos cuantificalas, porque a utilidade é algo subxectivo e individual. A análise de custo-beneficio parte pois dos valores e preferencias daqueles que a realizan, sexan compartidos por moitas ou poucas persoas, pero non poden pretender que coñecen os custos e beneficios dun agregado social.

Algo semellante ocorre cos conceptos de economía, eficiencia, eficacia ou pertinencia. Son conceptos que só poden ser usados de forma individual por individuos ou organizacións, pero non de forma colectiva³¹. Se unha cousa é cara ou barata, eficiente ou ineficiente, só nós individualmente o podemos saber e valorar. ¿É eficiente ou ineficiente a escolarización obrigatoria ata os 16 anos? Só os afectados o poden saber e difiren tanto nas súas valoracións, coma na súa intensidade. Non é o mesmo caso dun pai que ten que levar ós seus fillos ó colexio que a opinión dunha persoa solteira que ten unha preferencia distinta sobre o asunto, pero nunha intensidade distinta á do pai. Non é posible entón fundar «cientificamente» sobre estes supostos unha norma legal.

Por outra banda as simulacións e tests legais parecen a primeira vista moi útiles. O problema, como antes vimos, é que dunha experiencia reducida non se poden extrapolar, a toda a comunidade, os resultados porque as reaccións sociais son moi complexas; o ser humano aprende, cambia de opinións, de gustos, etc. Canto máis grandes sexan as mostras de poboación, máis probable é que se acheguen a resultados correctos, pero canto maior é a mostra máis custoso é face-lo test e menos operacionalizable é, polo que se fai máis difícil a súa realización. Mellor que facer tests sería máis eficaz aplica-la dedución a partir dalgúns axiomas preestablecidos (é o método tradicional das ciencias da acción humana³²) e a partir de aí deduci-las implicacións que tería a posta en práctica da norma.

²⁹ Vid., MURRAY N. ROTHBARD, «Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics» en Mary Sennholz (ed.) *On Freedom and Free Enterprise*, D. Van Nostrand, 1956, pp. 224-262.

³⁰ Unha excelente exposición das razóns polas que este tipo de cálculo non pode realizarse, na mellor tradición de Mises e Hayek pode verse en : JESÚS HUERTA DE SOTO, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*.

³¹ Vid., E. C. PASOUR, «Economic Efficiency and Public Policy» en WALTER BLOCK e LLEWELYN H. ROCKWELL (eds.) *Man, Economy and Liberty: essays in Honor of Murray N. Rothbard*, Ludwig Von Mises Institute, Auburn (Alabama), 1988, pp. 110-124; ROY E. CORDATO, «The Austrian Theory of Efficiency and the Role of Government» en *Journal of Libertarian Studies*, vol. IV, nº 4 Fall 1980, pp. 393-403. www.mises.org.

³² Vid., LUDWIG VON MISES, *La acción humana*, Unión editorial, Madrid, 1999.

■ Cómpre facer unha terceira crítica, esta de índole política. Se as leis se fan tecnicamente os representantes electos quedarían deslexitimados e menosprezados³³. A función do político é importante, porque é el quen interpreta dunha forma case empresarial a vontade e as necesidades da maioría da sociedade (de non facelo, quedaría sen traballo) e polo tanto entendemos que se achegan máis ó que a maioría da sociedade demanda. O político ten unhas calidades que o levan a saber interpreta-lo que a xente quere e que son as que o levan a el a ser elixido e non a outros. A discreción política é pois moi necesaria; outra cousa é que as análises se usen para xustificar decisións previas, que esta é, temo, a súa verdadeira utilidade. Ademais ó somete-la avaliación continua ás normas, nós tememos que abra a caixa dos tronos da estabilidade da norma, indispensable para manter un código predicible. En efecto, a derrogación con data fixa, das normas, crea inseguridade xurídica entre os afectados pola regulación e segundo, abre unha porta cómoda para que os gobernos derroguen de forma doada e sen debate toda a lexislación de gobernos anteriores, que lles resulte incómoda, co doado trámite de atopar uns avaliadores o suficientemente laxos como para facer unha avaliación negativa da norma, cousa que, creo, non é moi difícil de conseguir, sobre todo se quen os nomea é o goberno que lles paga.

4. A codificación e a simplificación normativas

Entre as iniciativas de reforma técnica da lexislación as que nos parecen máis plausibles e interesantes son aquelas que van orientadas á codificación e á simplificación das normas. Ei-la verdadeira mellora da lexislación. O cambio continuo de leis non adoita ser funcional para a sociedade, e máis en sociedades cambiantes. Nós no dereito soportamos como Hayek a idea de que a mellor lei é a lei vella, a que se revela polo paso do tempo como eficaz, que é a que xera unhas normas e expectativas previsibles³⁴. O uso de regras xerais para elabora-la lei adoitan ser máis acaídas que tódalas análises custo-beneficio, que só poden computar uns poucos e insuficientes factores de cara a ordena-la vida social, fronte á riqueza de matices que amosan as leis melloradas pola expe-

³³ Do menosprecio da política por boa parte dos avaliadores falan algo: BILL JENKINS e ANDREW GRAY, «Evaluación y usuario: La experiencia del Reino Unido» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 1, setembro-diciembre 1994, pp. 47-57.


³⁴ Sobre a evolución das normas e as virtudes da lexislación estable podemos ver dous grandes libros: FRIEDRICH A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Unión editorial, Madrid, 1994, 3ª ed.; BRUNO LEONI, *La libertad y la ley*, unión editorial, Madrid, 1995.

riencia³⁵. A simplificación normativa e a codificación, figuras xurídicas que non teñen nada de modernas, senón que son figuras existentes case dende a aparición dos códigos escritos, seguen a mante-lo seu interese a día de hoxe e son suficientemente coñecidas polos técnicos en lexislación como para necesitar de presentacións detalladas.

A codificación de textos legais³⁶ consiste en compila-lo dereito en vigor dunha materia, desprendéndose das leis en desuso ou redundantes. A simplificación normativa, pola súa banda, trata de reduci-lo volume, a complexidade e a dispersión das leis mediante o recurso a diversas técnicas de racionalización normativa. Non é máis ca unha simple depuración do ordenamento para mellora-la súa eficacia e evita-las redundancias.

Como vemos, son técnicas doadas, que cremos que poden seguir dando xogo e non incorren en grandes custos de organización nin teñen que empregar unha gran corte de asesores e «modernos» técnicos en lexislación.

5. Conclusión

A maioría das novas técnicas de modernización da lei administrativa forman parte dun proceso de racionalización do dereito que se dá tamén noutras áreas da vida social. Hayek escribiu pouco antes de morrer un libro chamado *The Fatal Conceit*³⁷ clamando contra a arrogancia dos planificadores e enxeñeiros sociais, que pretendían construír unha sociedade ou dereito novo partindo só da simple razón sen decatarse do importante que é a experiencia humana acumulada ó longo dos tempos, da experiencia e do daniño que pode ser querer criar todo de novo sen ter en conta todo este capital. O racionalismo constructivista, que é como denomina Hayek a esta pretensión racionalizadora, tamén quere implantarse na produción normativa, e moi especialmente na norma administrativa, quizais porque é un terreo propicio para ela. Pero o racionalismo, aínda incorporando aspectos positivos, ten uns límites que non deben ser excedidos e isto é o que pretendemos remarcar neste texto. 

³⁵ Vid., MARIO J. RIZZO, «Rules versus Cost-Benefit Analysis in the Common Law» en *Cato Journal*, vol. 4, nº 3, 1985, pp. 865-883.

³⁶ Vid., B. C. MATARELLA, «La codificazione del diritto: riflessioni sull'esperienza francese contemporanea» en *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, nº 4, 1993, pp. 1035-1061.

³⁷ Hai traducción castelán. Vid., FRIEDRICH A. HAYEK, *La fatal arrogancia*, Unión editorial, Madrid, 1990.