

## SMART REGULATION

Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz<sup>1</sup>

### I. PLANTEAMIENTO

Los físicos llaman *sistema*, o sustancia de trabajo, a la parte del universo que se selecciona para su estudio. Lo que sucede es que sistemas los hay de dos tipos: a) los que no interactúan con el exterior, de suerte que no salen fuera para intercambiar materia y/o energía; y b) los que sí interactúan. Sistemas cerrados y abiertos, respectivamente. Como es obvio, el único sistema de verdad cerrado -en rigor, aislado- es el universo si lo consideramos como un todo, porque, por el contrario, cualquier porción del mismo no puede vivir de manera absolutamente hermética, al modo de un convento de clausura, aunque no falte quien también pone el ejemplo de un globo inflado o la batería de un coche. Los expertos en termodinámica han analizado todos los matices, según que las paredes -reales o imaginarias- del sistema sean aislantes (adiabáticas) o, por el contrario, permitan el flujo de calor, en cuyo caso se llaman diatérmicas.

No hace falta explicar que los sistemas cerrados -los más cerrados, si es que se quiere introducir criterios de grado: los que se llaman aislados- propenden a una mayor estabilidad: la temperatura es la misma en cualquiera de sus puntos, así como la presión. Y además con carácter perpetuo: equilibrio térmico y mecánico, respectivamente.

Todo ello puede servir para clasificar las maneras como los juristas ven -vemos- el que es nuestro propio sistema, o sea, el derecho. Entre nosotros, el pensamiento dominante es el que tiende a entenderlo como algo cerrado: todo se explicaría

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.  
anjib@telefonica.net

por el bucle perfecto que componen, secuencialmente, las normas, los actos administrativos -o los contratos, en caso de relaciones entre iguales- y las sentencias, a las cuales se les dota de ese atributo tan taumatúrgico que se llama cosa juzgada, o sea, la capacidad de dar por terminado -así sea el resultado uno u otro, justo o injusto, socialmente aceptado o no- cualquier debate, entre otras cosas porque el eslabón posterior y último, de ejecución de lo juzgado, se da por supuesto, al modo de algo automático e impenable. En esa línea están, por ejemplo, los positivistas, los formalistas o, para poner nombres y apellidos, los devotos de la escuela de la exégesis, de la jurisprudencia de conceptos o de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. A la hora de elaborar una disposición, lo de menos es cómo vaya a recibirla el público. Y, una vez aprobada, lo que de hecho sucede -si se aplica o no- es algo que nada importa, salvo, eso sí, que uno se dedique a cosas tan esotéricas como la sociología.

Los sistemas cerrados presentan el atractivo de su coherencia, que no es poca cosa. Pero, claro está, muchas veces, y a cambio, ofrecen un cuadro que no resiste el menor roce con la realidad: un derecho que no recoge el *espíritu del pueblo* del que hablaba Savigny. Como bien nos ha explicado Alejandro Nieto, hay muchas normas, en teoría vigentes, que sin embargo resultan ignoradas por la vida real -chatarra legislativa, por así decir- y asimismo millones de Sentencias -de lo contencioso, por ejemplo- que no se cumplen ni llevan trazas de cumplirse jamás: chatarra judicial, por seguir con la misma palabra. Y sucede que algunos -los que no están de acuerdo en ver el derecho como sistema cerrado- piensan que eso constituye algo que hace que los juristas perdamos credibilidad social: se nos considera unos *frikis*. Predicadores en el desierto, si se quiere emplear esa metáfora tan poco amable. Y es que, como advertía el maestro Ortega, toda realidad ignorada prepara su venganza.

De hecho, el Art. 3 del Código Civil -o sea, una norma positiva- proclama que las normas se interpretarán, entre otros factores, en base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Toda una ventana al exterior. Si eso ha de suceder a la hora de la exégesis de un texto, de partir de él para aplicarlo sobre el terreno, lo lógico es que el autor de dicho texto haya empezado por preocuparse de conocer en qué consiste esa realidad social. De otra forma, para el intérprete -como ingeniero social, casi siempre mal pertrechado- la tarea iba a resultar auténticamente excesiva<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Hace muchos años, en 1975, que DÍEZ-PICAZO, L. (2010) puso de relieve que nos falta una teoría del cambio jurídico y su relación con el cambio social. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 3ª edición. Desde entonces, los libros publicados sobre el asunto llenan bibliotecas enteras pero no está claro que, en cuanto al conocimiento de fondo, hayamos avanzado mucho.

Sí, son muchas las disposiciones que (por chocar con la sociedad, que a veces se muestra tanto más tozuda cuanto más se la quiere doblegar) y millones las Sentencias a las que les aguarda tan triste suerte. Aunque lo cierto -opiniones al margen- es que, salvo excepciones rebuscadas, carecemos de instrumentos de determinación de ese *muchos* o de esos *millones*. La cuantificación. La matemática: el lenguaje de la ciencia, aun cuando, a estas alturas del desarrollo intelectual, sepamos que, a priori, no podemos pedir datos al grado de lo milimétrico.

El autor de estas líneas se muestra cada vez más convencido de las limitaciones que se derivan de ver el derecho como un sistema cerrado. No ignora lo que esa manera de pensar ha aportado y aporta a la seguridad jurídica -sin cosa juzgada, la vida sería aún más caótica todavía-, pero piensa que hay que ver nuestro oficio en un contexto más amplio, aunque ello genere, por supuesto, incertidumbre. O, si se quiere, más incertidumbre todavía.

A los políticos -los autores de las normas, quieras que no, lo son- se les reprochan muchas cosas (su don de gentes viene a ser el mismo que el de Vlad el Empalador en los momentos más álgidos de su mandato en Rumanía: 1456-1462), pero lo que nadie podrá discutirles es que gozan de una pituitaria finísima sobre los efectos que pueden tener las decisiones: antes de decidir si A o B, y al menos de manera intuitiva, calibran cuántos votos van a ganar y cuántos van a perder. La calculadora electoral (inmediata) es el norte de sus actuaciones -y, por supuesto, con la propaganda como gran instrumento: el *relato*- y, antes de ello, de sus palabras. Dicho con lenguaje técnico: ellos sí consideran el derecho como un sistema abierto. Lo subordinan a la demoscopia<sup>3</sup>.

¿Es esa misma idea la que inspira a los autores de las normas -en eso consiste la *smart regulation*, la legislación inteligente, o al menos a eso aspiran ese tipo de reglas de procedimiento- que se dedican a establecer cómo han de elaborarse las normas? Rotundamente, no. Vayamos a ello.

<sup>3</sup> Eso, por supuesto, en un contexto democrático, como el que desde 1978 tenemos en España, por graves que sean sus disfunciones, sobre todo como consecuencia de la hipertrofia de la función de los partidos políticos. Pero en última instancia la tradición de mal gobierno se remonta muy atrás: de siempre (Carlos IV, Godoy, Fernando VII y la Reina Gobernadora no fueron, como a veces se presentan, las excepciones a la regla, sino justo lo contrario, la regla misma) ha sido lo nuestro. La cita obligada al respecto sigue siendo la de GARCÍA-PELAYO, M. (2009), *El buen y el mal gobierno (Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti)*, incluido en las Obras completas del maestro, CEPC, tomo II, 2ª edición, página 1229 y siguientes.

## II. LA NORMATIVA EXISTENTE.

### II.1. Andalucía

El punto de partida está en un Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía: el 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la propia Junta. Del que ahora debe destacarse algo que parece estar escondido, el Art. 7, *Memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación en los procedimientos de elaboración de normas de la Junta de Andalucía*, a saber:

“1. Los proyectos de disposiciones reglamentarias y los anteproyectos de ley de la Administración de la Junta de Andalucía deberán incorporar una memoria en la que se justifique el cumplimiento de los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.”

Distinguiéndose, según el rango y de menos a más:

“2. Cuando se trate de *proyectos de disposiciones reglamentarias* en la memoria se expondrán los siguientes extremos, que quedarán sintetizados en el preámbulo de la norma a aprobar:

- a) La razón de interés general que justifique la aprobación de la norma.
- b) Los objetivos perseguidos y la justificación de que la disposición a aprobar es el instrumento más adecuado para lograrlos.
- c) La constatación de que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones, para alcanzar tales fines.
- d) La justificación sobre el rango del proyecto normativo y su debida coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.
- e) Una breve descripción de los trámites seguidos en el procedimiento de tramitación de la propuesta y de la participación de los agentes y sectores interesados.
- f) Un estudio de valoración de las cargas administrativas derivadas de la norma, justificando su necesidad y evitando la imposición de cargas innecesarias o accesorias.
- g) Cuando se regule un procedimiento administrativo, se expondrán los factores tenidos en cuenta para fijar su plazo máximo de duración, así como una previsión de su impacto organizativo y de los recursos de personal para su óptima gestión.

h) Cuando se trate de la creación de nuevos órganos, la acreditación de la no coincidencia de sus funciones y atribuciones con la de otros órganos existentes.”

Y por otra parte:

“3. Cuando se trate de *anteproyectos de ley*, en la memoria se expondrán, además de los enumerados en el apartado 2, los siguientes extremos, que quedarán sintetizados en la exposición de motivos de la norma a aprobar:

- a) Cuando se establezca que el silencio tendrá efecto desestimatorio, se expondrá específicamente la razón imperiosa de interés general que lo justifica, en los supuestos en los que el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio.
- b) Cuando se establezcan nuevos trámites en los procedimientos administrativos, adicionales o distintos a los previstos en la legislación del procedimiento administrativo común, se justificará que son eficaces, proporcionados y necesarios para la consecución de los fines propios del procedimiento.
- c) Cuando concretamente se establezca una limitación al acceso o ejercicio de una actividad económica, como la exigencia de una autorización, se motivará específicamente el cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en relación con tales medidas.”

Para terminar y para una materia especial:

“4. Cuando se trate de disposiciones de carácter general que modifiquen preceptos relativos a procedimientos administrativos se analizará la oportunidad de su rediseño funcional aplicando los criterios de simplificación establecidos en este decreto.”

Todo eso, cuando se quiera poner en marcha, en suma, un nuevo reglamento (apartado 2) o un proyecto de ley (3). Y eso al margen de la regla especial para normas sobre procedimientos administrativos (4).

Pero luego está la planificación a medio plazo, la llamada *Revisión normativa*, aunque más bien parece estarse pensando en el escrutinio de lo hecho -en el desescombros de lo que ha dejado de servir- que en el vaticinio de lo por hacer. En los siguientes términos:

“1. La Consejería competente en materia de administración pública elaborará, al menos cada cuatro años, Planes de Calidad y Simplificación Normativa, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno mediante acuerdo.

Estos planes tendrán como objetivo la revisión, simplificación y, en su caso, consolidación normativa de las disposiciones vigentes en el Derecho propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Consejería competente en materia de administración pública impulsará y coordinará su seguimiento y revisión.

2. Los Planes de Calidad y Simplificación normativa abordarán una revisión general de las normas vigentes para valorar la adopción de, al menos, las siguientes medidas:

- a) La reducción del número de normas.
- b) La adaptación de las normas a los principios de buena regulación establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común y precisados en el artículo 7, verificando que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos, así como que estaban justificados y correctamente cuantificados el coste y las cargas impuestas en ellas.
- c) La consolidación y simplificación de la normativa vigente.
- d) El rediseño funcional de los procedimientos, aplicando los criterios establecidos en el artículo 6 para la simplificación de procedimientos, agilización de trámites y reducción de cargas.

3. El resultado de la ejecución de cada plan se plasmará en un informe de evaluación que, previo conocimiento de la Comisión Interdepartamental de Coordinación y Racionalización Administrativa, se hará público en el Portal de la Junta de Andalucía, así como por los medios que se estimen pertinentes.”

Así pues, Planes de Calidad y Simplificación Normativa, al menos una vez cada cuatrienio. Todo muy bonito y muy moderno.

Nada de insensato se embosca en esos preceptos, que como es notorio no resultan novedosos. Pero la pregunta es otra: si las cosas establecidas -por todo el mundo, no sólo por Andalucía- se muestran suficientes. Para contestar hace falta dar un rodeo y remontarse muy arriba: es lo propio de lo que se conoce como el Derecho comparado. El contexto geográfico lo conocemos.

## II.2. Unión Europea.

En Europa, la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 16 de marzo de 2005, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, recomendaba a los Estados miembros establecer sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales.

Y se emplea precisamente el concepto de *Smart regulation*, regulación inteligente. La propia Comisión publicó el 19 de mayo de 2015 el “Paquete de Mejora Normativa”.

## II.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

También la OCDE ha echado su cuarto a espaldas, tanto con carácter general (Recomendación sobre política normativa y gobernanza de 2012) como específicamente, ¡ay!, para nuestro país, con fama universal de mostrarse poco aplicado para estas cosas tan modernas: *Spain, From Administrative Reform to Continuous Improvement*. A la hora de pergeñar una disposición, hay que empezar identificando los objetivos de política pública, evaluar si el cambio normativo resulta necesario y, por supuesto, preguntarse cuáles son los medios más eficaces y sobre todo más eficientes.

## II.4. España.

Los datos normativos son igualmente conocidos. Sobre cómo proceder a la hora de elaborar normas, lo más relevante se encuentra en el Art. 129, *Principios de buena regulación*, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo un dechado de buenos propósitos: necesidad y eficacia; proporcionalidad; seguridad jurídica; transparencia; y eficiencia. Pero sólo al final el autor del precepto tiene la ocurrencia de salir de su habitación y mirar hacia fuera, y hacia adelante, aunque -punto crucial- lo hace pensando sólo en la caja: “7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos e ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. El test de *buena regulación* no incluye, en suma, el análisis de adecuación de la norma a lo que la sociedad espera y se muestra dispuesta a secundar y aplaudir o al menos a aceptar. El derecho se concibe como un sistema sólo semiabierto. O, dicho con más precisión, abierto únicamente hacia lo presupuestario.

También está la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su versión vigente, que es la de 2015, con su Art. 25, *Plan Anual Normativo*, que además de contener una relación de “las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente” -apartado 2-, también -3- “identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación”, aunque con un alcance que parece limitado a lo económico:

“atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos”. Y también Art. 26, *Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos*. El apartado 3 establece el contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Son los epígrafes a) a g), del que el único que mira al exterior -un vaticinio de qué es lo que va a suceder- es el d), a saber:

“Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias. Este análisis incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea”.

A ello hay que añadir la previsión del apartado 9 de control por el Ministerio de la Presidencia. Vuelve a ceñirse a lo puramente jurídico-formal, con una excepción, la del epígrafe d), a saber:

“El contenido preceptivo de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y, en particular, la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la forma cuando fuese preceptivo”.

De la Ley del Gobierno (en su versión actual, se insiste) interesa, para terminar, el Art. 28, *Informe anual de evaluación*. O sea, *ex post*. Su apartado 2 establece lo siguiente:

“En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en la respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

- a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.
- b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.
- c) La sostenibilidad de la disposición.

El informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis”.

En desarrollo directo de lo anterior se dictó el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de

Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa.

Y también tenemos, apenas unos meses más tarde, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. En su Art. 2, *Estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo*, encuentra uno los epígrafes a) a j). Este último es el que ahora nos interesa, a saber:

“Evaluación *ex post* que incluirá la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas, al que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 1997/50, de 27 de noviembre. Para ello, la memoria indicará si dicha norma se encuentra prevista entre las susceptibles de evaluación en el correspondiente Plan Anual Normativo y, en su caso, describirá con claridad los objetivos y fines de la norma y los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de su aplicación, conforme a los criterios previstos en el artículo 28.2 de la Ley 1997/50, de 27 de noviembre, y el artículo 3.2 del Real Decreto 2017/286, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. A estos efectos, se deberá indicar la sistemática que se va a utilizar en la evaluación y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo.”

En lo que hace, así pues, a “la sistemática que se va a utilizar en la evaluación”, todo queda remitido al caso concreto. Ni tan siquiera hay unos criterios generales.

## II. 5. Recapitulación

Hasta aquí, la disposición de Andalucía de 2019 y el contexto al que responde, tanto internacional como doméstico. Salvo excepciones, la *inteligencia* a la hora de dictar normas se queda en el interior del planeta jurídico. Aunque, eso sí, nadie negará que ha desplegado una terminología extraordinariamente rica y que suena bien. Estupenda, incluso. Diríase propia de Alicia en el país de las maravillas (Lewis Carroll).

## III. REFERENCIA A ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES.

*Ingeniería social* es un concepto que se suele utilizar con tono acusatorio hacia la izquierda para referirse a las medidas, sobre todo las de alcance normativo, que se aprueban para cambiar la sociedad -sus hábitos o incluso sus mentalidades y sus valores- y hacerlo precisamente con un determinado sesgo. Pero quizá no sea algo que necesariamente haya que denunciar, porque, por definición, todo legislador, así a babor como a estribor, se enfrenta ante una realidad que no le gusta -si le gustase, dejaría las cosas como están- y trata de articular incentivos y castigos

-en la mezcla de lo uno y lo otro consiste precisamente su trabajo: el palo y la zanahoria- para que las cosas mejoren. Asunto distinto, y ahí está la clave de todo, es que finalmente lo consiga, porque las sociedades tienen sus propios códigos -los usos- y frente a lo que entienden como injerencias pueden no sólo no plegarse, sino, a veces, reaccionar con virulencia. Todos conocemos ejemplos.

Fijémonos en España en el período 2004-2011, bajo una mayoría parlamentaria dizque muy ideologizada. El legislador, preocupado en buena hora por la salud, entendió que se fumaba demasiado en los locales de uso público -típicamente, los bares, donde tantas personas consumen su vida y su hacienda- y por eso dictó dos normas sobre la materia, una restrictiva y la otra ya abiertamente prohibitiva: Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; y Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la anterior. Con una terrorífica tipificación de infracciones y previsión de sanciones.

Muchos pensaron en la inveterada indisciplina celtibérica: la gente seguiría echando humo y para imponer sobre el terreno la nueva regulación haría falta emplear a fondo toda una brigada represiva. Pero lo cierto es que no sucedió así. La sociedad recibió de buen grado las disposiciones y lo que eran auténticos fumadores irrespirables pasaron de la noche a la mañana a parecer espacios de salud, casi como balnearios. Leyes, en suma, que, contra todo pronóstico, el cuerpo social -el conjunto de los destinatarios- interiorizó sin oponer resistencia. Casi celebrándolo.

La siniestralidad vial venía siendo altísima: 9.344 muertos en 1989, por ejemplo. Y el Congreso de los Diputados entendió que había que cambiar el marco para endurecerlo, porque así se acabaría alcanzando el objeto de reducir unas cifras tan espantosas. De ahí la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado, que era de 1990, de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. El carnet tiene un crédito -los puntos- que, al modo de la piel de zapa de Balzac, se va consumiendo y encogiéndose por mal uso.

Lo mismo: la cosa, contra todo pronóstico fue un verdadero exitazo. Los conductores, todos a una, dejaron de beber antes de coger el volante -otra ley, en suma, que fue bien recibida- y las estadísticas devinieron mucho menos malas: sólo 1.755 fallecidos en 2019. Segundo ejemplo de norma que se acata sin (apenas) conflictos. Un caso de ingeniero social -el legislador de 2005- que además es buen sociólogo y ha calibrado sus fuerzas para no tener que desgastarse en el penoso empeño de hacerse respetar.

Aunque no todo en aquella época resultó así de sencillo. También se aprobaron disposiciones que, vistas con ojos de hoy, se han quedado en el *mucho ruido y pocas nueces*. El arquetipo es la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y

la Investigación. El Preámbulo es un auténtico brindis al sol: “La sociedad española debe avanzar hacia un modelo productivo en el que la innovación está llamada a incorporarse definitivamente como una actividad sistemática a todas las empresas, con independencia de su sector y tamaño, y en el que los sectores de media y alta tecnología tendrán un mayor protagonismo”. Han pasado diez años -largos- cuando estas líneas se escriben. Una década tirada por la ventana. Y eso por no hablar de lo que viene a continuación: se constata, y se saluda, “la emergencia de una cultura de cooperación entre el sistema público de ciencia y tecnología y el tejido productivo”. El mejor de los mundos posibles. *Rien ne va plus*.

A finales de 2011, el viento parlamentario cambió, abriéndose una etapa que diríase menos proclive a los cuentos de la lechera: ya se sabe que a la derecha no le gustan las utopías. Y en efecto se aprobaron normas con realismo y que se han aplicado de manera más o menos precisa, como la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por poner ese ejemplo. En 2017 se proyectó sobre el maltrecho Banco Popular sin mayores problemas, aunque los perjudicados -que los hubo- plantearon sus litigios, todavía en curso, por cierto.

Pero no siempre sucedió así. Se dictaron también disposiciones de esas que se presentan aparentando determinación y sin embargo luego no pasan del papel, porque la sociedad les da la espalda. En España tenemos más de 8.100 municipios, la inmensa mayoría con menos de 20.000 habitantes: un esquema disparatado y carísimo. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local -hay palabras que lo dicen todo- no se atrevió a imponer fusiones -aunque debe recordarse que la Constitución no se lo impide-, pero sí articuló un esquema de fomento, en los términos del (nuevo) Art. 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Pues bien, lo cierto es que, ocho años después, ni uno sólo de los Ayuntamientos, que se sepa, se ha sentido motivado para unirse con el vecino. Los designios del autor de la norma -en principio, llenos igualmente de buena intención- se han quedado en nada. Justo lo contrario a las exitosas reglas de tabaco, de tráfico y de entidades de crédito que se mencionaron más arriba.

¿Significa eso que el legislador de 2005, de 2010 y de 2012 era sabio -conocía el paño, si se quiere decir así- y que por el contrario los de 2011 y 2013 merecen reproche por vivir en la estratosfera o, como explicaría el gran Ihering, en el cielo de los conceptos jurídicos? ¿Está el autor de las normas obligado a estudiar el suelo que pisa -contar, para decirlo con palabras actuales, con una suerte de *sandbox* regulatorio o espacio de pruebas- y así poder formular un vaticinio, aunque sea sólo aproximado o probabilístico, sobre el éxito que le aguarda si dice A o el fracaso que le espera si por el contrario opta por B? ¿Forman parte esos cálculos de lo que

se conoce como técnica legislativa y que de ordinario, como se acaba de ver, se ciñe a los aspectos formales o de presentación del texto correspondiente y por tanto se termina su cometido en el momento de su aprobación?

Más aún y para que, *ex post*, ese escrutinio de la realidad social resulte mínimamente fiable: ¿hay que establecer instrumentos de medida -parámetros, indicadores o como se quieran llamar- de la *cantidad* de aplicación que va obteniendo lo que se ha establecido, al modo de lo que, en relación con los medicamentos autorizados, es la farmacovigilancia? Recuérdese el apartado 1 del Art. 53, *Farmacovigilancia y obligación de declarar*, de la Ley de garantías y uso racional del medicamento, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio: “La Farmacovigilancia -con mayúsculas- es la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos (...)”.

Son pues dos cosas diferentes. Primero, si el buen hacer de *la cocina legislativa* debe incorporar un pronóstico -fiable- sobre la receptividad que los destinatarios van a dispensar a la correspondiente medida, para optar por las decisiones que vayan a aceptarse mejor. Y segundo, si luego, una vez publicada y en vigor, se va a hacer un seguimiento de su ejecución -la *monitorización* de la que se habla a veces-, lo más objetivo y científico que resulte posible<sup>4</sup>.

La respuesta depende, volvamos a ello, de la adscripción jurídico-ideológica de cada quien. Dicho con otras palabras: de cómo se conciba eso que llamamos el derecho<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “Si no puedes medir, no puedes conocer; y si no puedes conocer, no puedes mejorar”: Lord Kelvin (1824-1907). Por cierto, uno de los padres de la termodinámica, conocido por haber conseguido determinar el cero absoluto de temperatura.

<sup>5</sup> Si acaso quedara algún positivista en España (o en Europa), se terminará cayendo del guindo cuando repase los avatares del ex-Presidente de la Generalitat Sr. Puigdemont a partir de septiembre de 2017. Se trata de un prófugo de la justicia, que huyó para escapar de una grave acusación penal pero que, en la sociedad catalana, goza de popularidad hasta el grado de que luego fue elegido miembro del Parlamento Europeo, con lo que sobre él se cierne no sólo un ordenamiento -el de la orden europea de detención y entrega o euroorden: Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de ese año-, sino dos, porque también habría que aplicar lo establecido sobre inmunidades de los miembros de la Cámara continental. Y siempre dando por supuesto que, dado que perseguir delincuentes es un deber de todos, el órgano judicial que lo está buscando -aquí, el Tribunal Supremo- se encuentra respaldado por el Gobierno de su país, o al menos éste no se dedica a torpedearlo de manera abierta o soterrada. Lo cierto es que, cuatro años largos más tarde de la *espartá*, el individuo sigue paseándose por Europa y poner las normas sobre la mesa constituye algo que nadie quiere plantearse, no sea que el porcentaje independentista de aquella tierra siga subiendo y llegue un momento en que la cifra resulte concluyente. Los Manuales de Derecho no explican ese tipo de realidades tan prosaicas -que llevan a que las normas queden arrumbadas- y eso hace que a veces se les pueda considerar como literatura fantástica.

## IV. CONCLUSIÓN

Llega la hora de ir recapitulando. Cabe en efecto entender el derecho como un sistema cerrado o como un sistema abierto, dicho sea sin tener que tomar posición ahora por ninguna de las dos maneras de pensar. Los políticos (en un régimen democrático y de opinión pública, se entiende) desde luego están por lo primero y su quehacer -empezando por sus palabras, que en ese oficio resultan importantísimas; y eso por no hablar de sus silencios, que es otra historia para estudiar con detalle- no se entiende de otra manera: la razón de partido lo explica todo. Pero sin embargo las normas que regulan los modos de elaborar normas -que han sido aprobadas por esos mismos políticos- parten de otra realidad: no ya unos seres arcangélicos, sino sobre todo unos juristas de la especie de los cerrados, salvo, eso sí, lo que tiene que ver con lo presupuestario, único ventanuco por el que entra la luz del día.

¿Es lo primero, la actitud de los políticos, una patología partitocrática o incluso populista? La respuesta a la segunda pregunta -¿deben las normas sobre normas modificarse para incluir, en aras de una *regulation* verdaderamente *smart*, el análisis sociológico, para decirlo con pocas palabras?- depende de cómo se conteste a la primera. Asunto en el que el jurista, por mucho se crea abierto, no se encuentra en condiciones de entrar, porque sus planteamientos más profundos -todos nosotros llevamos dentro los esquemas cerrados, aunque no lo reconozcamos e incluso aunque lo ignoremos- le impiden hacerlo con la debida libertad de pensamiento.

Dicho lo mismo pero con otras palabras, ¿Quién es más *smart*, o sea, literalmente, más listo? ¿Ellos -los políticos- o nosotros los juristas? ¿Es lo mismo ser inteligente que ser un listillo? Seguro que cada uno tiene su opinión y también sus ejemplos.

Y, si acaso a esas normas sobre el proceso de elaboración de normas hubiese que reprocharle su insuficiencia -su formalismo, para decirlo así-, ¿sería Andalucía lo único? No. ¿Y España? Tampoco. Si es que se trata de un mal, al menos nos cabe el consuelo de que no es privativo nuestro.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DÍEZ-PICAZO, L. (2010) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 3ª edición.

GARCÍA-PELAYO, M. (2009) *El buen y el mal gobierno (Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti)*, Madrid, CEPC, tomo II Obras Completas, 2ª edición.