



La legislación y sus efectos: algunas experiencias del derecho comparado

Septiembre 2021

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad
de Expresión y Acceso a la Información

UP
**Universidad
de Palermo**

La legislación y sus efectos: algunas experiencias del derecho comparado

Emiliano Vitaliani
CELE

A. Introducción

En trabajos anteriores el CELE puso el foco en cómo evaluaban las compañías, y en especial las de ICT, el impacto de su actividad en términos de derechos humanos. Esas investigaciones buscaron presentar el marco conceptual en el que operan los llamados *human rights impact assessments* (HRIAs), que parece ser una herramienta preponderante y en crecimiento en el mundo de la tecnología. Asimismo, buscaron echar luz sobre cómo la industria de las telecomunicaciones los han utilizado en el pasado reciente. Este artículo propone una mirada distinta pero complementaria: estudiar esta misma actividad (la evaluación de impacto) pero en las legislaturas. Para decirlo de otra manera: nos interesa recabar información sobre cómo las legislaturas alrededor del mundo evalúan el impacto de las leyes que promulgan.

La evaluación del impacto de las leyes promulgadas por los parlamentos en términos de derechos humanos es especialmente relevante a la hora de pensar en la libertad de expresión. El rol de las regulaciones estatales en el funcionamiento del debate público ha estado en el centro de las preocupaciones de quienes se detuvieron a reflexionar en torno a la libertad de expresión desde un primer momento. Más allá de las diferentes posiciones en torno al rol del estado para este derecho, es indudable que es un actor central y que por lo tanto es necesario contar con mecanismos que nos permitan evaluar las consecuencias de su actividad. En este contexto, se torna especialmente necesario conocer el funcionamiento del HRIA a nivel parlamentario.

Este fenómeno parte de tendencias más o menos usuales en los poderes legislativos. Por ejemplo, es usual que las normas jurídicas no logren alcanzar los objetivos propuestos. También, en ocasiones, producen consecuencias que no habían sido predichas por sus redactores. Esto puede deberse a diversos factores tales como problemas de comprensión sobre el universo en el que están intervi-

niendo, una redacción pobre o falta de conocimiento sobre la experiencia comparada. Estas dinámicas explican por qué que muchas legislaturas desarrollaron mecanismos institucionales que les permitan mitigar estos errores y mejorar la calidad de su legislación o, en caso de haber cometido algún error, corregirlo.

Este artículo se propone abordar los desafíos que representa la actividad legislativa a la luz de la creciente complejidad técnica del mundo en el que vivimos. Para ello, primero pondremos el foco en aquellos aspectos problemáticos de la relación entre conocimiento experto, representación y derechos humanos para más adelante describir los distintos mecanismos institucionales a los que recurrieron los diferentes países para solucionar estos problemas. Si bien el artículo no es exhaustivo, por lo que pueden existir mecanismos no contemplados aquí, sí creemos que presentamos un buen panorama general sobre los cambios en el proceso legislativo orientados a reducir la posibilidad de error y a aumentar la efectividad de las regulaciones.

Por último, describimos la experiencia del *post legislative scrutiny*. Este mecanismo legal permite a los legisladores evaluar las consecuencias de sus propias normas y los enfrenta con los éxitos o fracasos de las políticas propuestas. De esta forma, si los mecanismos preventivos hubieran fallado, las consecuencias de los errores de política pública no se extienden más allá del momento del escrutinio posterior.

B. Los desafíos de la complejidad

Las democracias representativas contemporáneas dan sus leyes mayormente a través de sus parlamentos. Si bien el principio de autogobierno colectivo sigue funcionando como principio rector de los sistemas democráticos, en la práctica esto significa que la ciudadanía puede influir en las normas que la rigen a través del “castigo” a aquellos partidos cuyo desempeño rechazan, la elección de candidatos en los que confían¹ y mediante la expresión canalizada a través de algunas de las distintas formas que adopta el debate público en una sociedad democrática moderna y pluralista.

Este esquema de representación en el que los ciudadanos votan representantes y estos adoptan algunas normas y descartan otras parece demasiado simple para

¹ Pueden existir tensiones entre ambos principios, ver J. D. Fearon, «Electoral Accountability and the Control of Politicians: Selecting Good Types versus Sanctioning Poor Performance», en Adam Przeworski, Bernard Manin, Susan C. Stokes (eds.) *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, (Cambridge Studies in the Theory of Democracy), 55.

un mundo como el nuestro. Los problemas en este sentido son al menos tres. Por un lado, el lazo representativo no siempre logra canalizar los intereses de los representados: el modelo de representación reseñado en el párrafo anterior suele fallar. Por el otro, la representación de intereses no es suficiente para producir buena legislación: Más allá del respeto por los intereses de los representados que implica el lazo representativo, legislar también requiere un cierto conocimiento técnico que es inaccesible (al menos de primera mano) para cualquier representante. Es simplemente imposible que los representantes en un cuerpo legislativo puedan ser expertos en todos los temas en los que intervienen. Por ello, además de la especialización “natural” que se suele dar en los cuerpos colegiados, los estados construyeron en todos sus poderes burocracias especializadas que asesoran a los legisladores y que—además—están a cargo de implementar las leyes que ellos establecen. Así, en los estados modernos el proceso legislativo ocurre en procesos de influencia en los que el *input* de las burocracias (que usualmente operan en el ámbito ejecutivo) es un insumo fundamental. Los legisladores también cuentan con un cuerpo de asesores propio, que en ocasiones asisten a las comisiones legislativas y en otras a legisladores a título individual. El trabajo legislativo dividido en *comisión* es una de las grandes fuentes de especialización en el proceso legislativo. Finalmente, el *cabildeo* legislativo es otra forma—problemática—en que los legisladores obtienen conocimiento experto para poder llevar adelante sus funciones.

Finalmente, las legislaturas han dejado de ser el centro de la actividad regulatoria. Debido a la creciente complejidad de las funciones estatales, la necesidad de tener regulaciones flexibles y adaptables a circunstancias cambiantes, gran parte de la regulación que efectivamente controla la vida de los individuos es producida por agencias administrativas autorizadas—a veces en términos genéricos—por el poder legislativo. Este fenómeno comenzó con el crecimiento del estado administrativo en la primera mitad del siglo XX y nunca se detuvo.

Dada esta compleja relación entre conocimiento y legislación, diferentes países desarrollaron estrategias tendientes a mejorar el proceso de formulación de normas a los fines de prevenir dificultades que podrían aparecer a futuro.

Los estudios previos a la adopción de una determinada legislación son transversales a todos los parlamentos y son una práctica usual y casi natural del proceso deliberativo: antes de adoptar una decisión, un cuerpo colegiado debate su conveniencia. Debido a la complejidad creciente de la actividad regulatoria, esta discusión previa es usualmente informada por estudios específicos, que pueden ser acercados a la

legislatura por actores interesados, agencias gubernamentales, académicos o—incluso—pueden ser contratadas por los propios legisladores. Los legisladores a título individual recurren a asesores y expertos externos para informarse.

Los parlamentos latinoamericanos suelen poner este conocimiento técnico en función de la producción de normas, pero generalmente prestan poca atención a sus efectos y la forma en la que ha sido implementada. Una vez sancionada, diferentes circunstancias pueden afectar el devenir de una norma. Por ejemplo, las hipótesis teóricas o fácticas sobre las que se sostuvo la regulación podrían ser falsas, algún hecho relevante pudo no haber sido contemplado o puede existir algún obstáculo inesperado en la implementación de la norma. Estas posibilidades son una preocupación creciente en legislaturas alrededor del mundo, y este trabajo observará de manera especial este tipo de mecanismos de control, en particular los que se originaron y desarrollaron en los países pertenecientes al modelo de Westminster.

Este modelo de control posterior se presenta como una innovación originada en los países *parlamentarios* que puede ser relevante y especialmente útil para regulaciones que buscan incidir en procesos complejos como aquellas que pretenden dar forma al debate público en una sociedad democrática, ya sea a través de la regulación del flujo de información, la generación de incentivos, o la promoción de cambios en un mundo tecnológicamente dinámico y en movimiento.

De Vrieze afirma que existen cuatro razones para llevar adelante un escrutinio post-legislativo:²

1. Asegurar que los principios democráticos y de certeza legal están siendo garantizados.
2. Controlar que los efectos adversos de la nueva legislación puedan ser rápidamente controlados.
3. Consolidar un sistema que permita evaluar cuánto sirven las nuevas leyes para solucionar los problemas que buscó atacar.
4. Mejorar la calidad de la legislación detectando qué medidas sirven y qué medidas no.

² F. De Vrieze, «Post Legislative Scrutiny. Guide for Parliaments». Westminster Foundation for Democracy, London. noviembre de 2017.

En resumen, las complejidades del mundo contemporáneo obligaron a las legislaturas y a la administración pública en general a recurrir a una burocracia de expertos, aunque sin abandonar el principio democrático de autogobierno colectivo. Respetar este principio sin obviar el conocimiento técnico requiere que los legisladores lleven a cabo una tarea muy delicada, para la cual pueden acudir a distintos recursos. En este texto intentaremos detallarlos brevemente. Para ello, empezaremos por aquellos recursos que hacen al proceso de redacción de una norma para después poner el foco en la forma en la que es posible evaluar su impacto.

C. Cómo hacer una mejor ley

Los parlamentos y las burocracias especializadas suelen recurrir a diferentes mecanismos para mejorar la calidad de la legislación. Dado que las leyes pueden ser mejores o peores en más de una dimensión, tiene sentido pensar que cada uno de estos mecanismos permite mejorar una dimensión diferente. En lo que sigue detallaremos algunos de estos mecanismos. Para ello pondremos el foco sobre la efectividad de las leyes, su respeto por el principio de autogobierno colectivo y la forma en la que ellas se adecuan a los estándares internacionales de derechos humanos.

1. Representación y participación ciudadana

Las democracias contemporáneas se sustentan sobre el ideal de autogobierno colectivo, pero con el matiz que le imprime el principio representativo. Los padres fundadores de este sistema creían que la ciudadanía era muy ignorante y pasional como para gobernarse a sí misma,³ por lo que era necesario imprimir algún tipo de institución que evitara que estas pasiones terminaran influyendo decisivamente en la legislación, sin por ello dejar de lado el principio democrático⁴

Es por ello que la representación electoral apareció como el sistema triunfante. Este mecanismo permite por un lado que quienes terminen gobernando sea un grupo de personas con características particulares, a la vez que deja a estas personas sujetas al periódico control popular que implican las elecciones competitivas. Así, si bien existe un mecanismo que filtra la voluntad popular, esta es en

³ J. MADISON, «No. X», en *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

⁴ B. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1997; D. VAN REYBROUCK, *Against Elections. The case for democracy*, Random House, Londres, 2016.

última instancia la que premia y castiga a sus representantes a través del voto.⁵ Esta combinación de un principio aristocrático con uno democrático parecía ideal a la hora de pensar las democracias modernas, ya que ellas debían lidiar con el problema del caos y la guerra civil, a la vez que su forma de gobierno no podía prescindir del principio republicano del autogobierno. Las elecciones periódicas permiten por un lado tener momentos de estabilidad institucional y por otro que la ciudadanía conserve un momento en el que controla la designación de legisladores, lo que parece ajustarse a los problemas que enfrentaron los padres fundadores de nuestras constituciones.

Otra de las razones que pueden justificar la adopción de un sistema representativo es de tipo práctico. Incluso si los supuestos sobre la naturaleza ignorante y pasional de las mayorías fueran falsos, todavía pueden existir buenos argumentos en favor de la representación política. Nuestras sociedades son muy masivas y nuestras vidas cotidianas están demasiado ocupadas como para que los ciudadanos discutamos sobre cada una de las leyes que nos gobiernan. Así, incluso si uno supusiera que las personas pueden tener discusiones razonadas sobre las cuestiones que les conciernen, deberíamos aceptar que ello es muy difícil de implementar. Es por eso que autores como Nino afirman que lejos de ser un instrumento imprescindible para filtrar la voluntad mayoritaria, la representación es un “mal necesario”.⁶ En ese sentido, afirma que “si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación consistiría en una delegación producida a fin de hacer posible la discusión que los ciudadanos han comenzado”.⁷

A pesar de la notable estabilidad del principio representativo, el ideal de autogobierno colectivo que fundamenta a la democracia como sistema de gobierno nunca desapareció y es una fuente de tensión constante con la práctica representativa.⁸ Esto llevó a la recurrente aparición de crisis de representación en las democracias representativas occidentales. Estas crisis, a su vez, produjeron cambios institucionales relevantes que afectaron los procesos de formulación de leyes. Así, con el tiempo los distintos parlamentos fueron abriendo espacios para la participación ciudadana en una serie de experiencias que resultaron exitosas para los involucrados y que buscaron lidiar con los límites de la representación.

⁵ J. B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Lancelot, Buenos Aires, 2009, págs. 150-151.

⁶ C. S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996, pág. 205.

⁷ *Ibid.*

⁸ P. ROSANVALLON, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*, Cambridge University Press, Cambridge, UK ; New York, 2008.

El más claro de estos ejemplos de relación virtuosa entre participación ciudadana, representación y legislación es el del presupuesto participativo. Como dijimos, en los últimos años los representantes abrieron el juego legislativo a la ciudadanía. Así, permitieron que ciudadanos que no habían pasado por un proceso electoral se involucraran en una de las decisiones más importantes de cualquier comunidad política: cómo gastar el dinero recaudado.

Tanto en Europa⁹ como en Sudamérica¹⁰ y hasta en países que no pueden ser considerados democracias pluralistas como China,¹¹ algunos gobernantes permitieron que la ciudadanía participe en el armado del presupuesto. Esta participación puede adoptar muchas formas que pueden ir desde la implementación de mecanismos institucionales para que los ciudadanos puedan expresar sus necesidades hasta la elección entre distintos proyectos o la fijación de objetivos presupuestarios de corto y largo plazo.

En cuanto a los efectos de la implementación de mecanismos participativos, existen dos dimensiones en los que pueden ser evaluados. Por un lado, la experiencia sugiere que involucrar a la ciudadanía en decisiones centrales para la vida en comunidad redundaría en niveles más de confianza más altos entre representantes y representados.¹² Al verse personalmente involucradas, las personas tienden a sentir que el proceso de formación de leyes no les es ajeno y por lo tanto reducir la brecha entre representantes y representados que caracteriza a nuestros tiempos.

Sin embargo, el impacto de la participación ciudadana en la formación de leyes no sólo se ve en el ecosistema político, sino también en el impacto que la legislación tiene en las políticas públicas. La literatura empírica arroja resultados diversos. Diferentes estudios, utilizando diferentes metodologías, llegan a conclusiones disímiles. En algunos casos no resulta claro el efecto positivo de la utilización de presupuestos participativos, mientras que otros estudios encontraron

⁹ C. Geurtz; T. Van de wijdeven, «Making Citizen Participation Work: The Challenging Search For New Forms Of Local Democracy In The Netherlands», *LOCAL GOVERNMENT STUDIES*, vol. 36, 4, 2010, Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2010.494110>.

¹⁰ R. Annunziata, «Democratizar La Ciudad. Los Presupuestos Participativos En Rosario Y Morón», *NUEVA SOCIEDAD*, 243, 2013; E. Hernández-Medina, «Social Inclusion Through Participation: The Case Of The Participatory Budget In São Paulo: Social Inclusion Through Participation In São Paulo», *INTERNATIONAL JOURNAL OF URBAN AND REGIONAL RESEARCH*, vol. 34, 3, 2010, Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2427.2010.00966.x>.

¹¹ J. S. FISHKIN, *When the people speak. Deliberative democracy & public consultation.*, Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 106-111.

¹² J. Kempa; A. R. Kozłowski, «Participatory Budget As A Tool Supporting The Development Of Civil Society In Poland», *NISPACEE JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION AND POLICY*, vol. 13, 1, 2020, Disponible en <https://www.sciendo.com/article/10.2478/nispa-2020-0003>.

mejoras significativas en la provisión de agua potable, educación, reducción de la pobreza y mortalidad infantil.¹³

Si bien los estudios no son concluyentes respecto a los efectos producidos por la participación presupuestaria, sí lo son respecto a que efectos no tiene. En este sentido, encontramos que ninguno de los estudios disponibles reportó una desmejora en las dimensiones estudiadas. Así, por un lado sabemos que la participación ciudadana no tiene efectos negativos sobre la formulación de políticas públicas, mientras que por otro tenemos buenas razones para creer que es probable que involucrar a la ciudadanía en los procesos legislativos produzca mejoras en las dimensiones más relevantes del bienestar general.

Estos descubrimientos no sólo están respaldados por los estudios empíricos, sino que están en línea con aquellas concepciones de la democracia que afirman que ella es defendible, al menos en parte, por sus virtudes epistémicas (Estlund, 2007; Linares, 2017; Nino, 2003 entre otros), es decir porque el autogobierno colectivo nos lleva a adoptar mejores políticas. Dada esta coincidencia entre la literatura teórica y empírica, tenemos buenas razones para creer que las conclusiones que extrajimos para los presupuestos participativos pueden ser válidas para toda la legislación. Por lo tanto, estamos en condiciones de afirmar que la implementación de mecanismos participativos a la hora de la producción legislativa probablemente lleve a adoptar mejores leyes.

2. Pre-legislative scrutiny: el lugar de los expertos en la legislación

Ya dijimos que dar lugar a la participación ciudadana puede llevar a adoptar mejores políticas públicas. Ahora es el turno de los expertos. Llamamos expertos a aquellas personas que saben sustancialmente más que un ciudadano sobre un tema particular. Así, alguien con ese tipo de conocimiento es un *experto* en lo que refiere a esa cuestión.

Como dijimos al principio, las relaciones entre *expertise* y legislación son complejas. En el poder ejecutivo muchas veces esta relación se da a través del modelo de Green/White paper, propio de los sistemas parlamentarios. El Green Paper es el primer paso que realiza la administración antes de diseñar una política pública. En él se

¹³ M. Campbell; O. Escobar; C. Fenton; P. Craig, «The Impact Of Participatory Budgeting On Health And Wellbeing: A Scoping Review Of Evaluations», BMC PUBLIC HEALTH, vol. 18, 1, 2018, Disponible en <https://bmcpublihealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-018-5735-8>.

aborda un problema y se sugiere una solución, pero de forma muy general, con el objetivo de que legisladores y expertos realicen sus aportes para el perfeccionamiento de la propuesta.¹⁴ Una vez que este proceso finalizó, la administración presenta un White Paper. Es decir una propuesta detallada sobre la legislación que cree que se debería adoptar y las razones que la sustentan.¹⁵ Esta propuesta también puede ser discutida por legisladores y expertos. Sin embargo, la principal diferencia es que el nivel de detalle y de progreso en el proceso de redacción de una norma impide que las discusiones sean tan amplias como las que se daban en el caso del Green Paper. Por el contrario, al discutir el White Paper el foco está más en la letra chica del proyecto de ley que finalmente será presentado que en sus aspectos generales.

Si bien los legisladores usualmente cuentan con un grupo de asesores con conocimiento experto, muchas veces la especificidad de las discusiones subyacentes en un proyecto de ley puede afectar su calificación para dar su consejo a quienes finalmente deberán decidir si un proyecto de ley es aprobado o no. Es por ello que el parlamento británico adoptó un nuevo recurso institucional que permite que un grupo de personas ofrezca su perspectiva sobre un proyecto de ley: el *pre-legislative scrutiny*¹⁶. El escrutinio pre legislativo es un mecanismo institucional que permite a los legisladores recurrir a un grupo de expertos convocados al efecto o a algún tipo de comisión mixta para que traten un determinado proyecto de ley y emitan recomendaciones no vinculantes.

Este mecanismo permite a los legisladores conocer la opinión de un grupo de personas que estudiaron la problemática que el proyecto de ley en cuestión busca resolver. Este grupo de personas (pueden ser legisladores) llamado comité emite su recomendación sobre qué cambios hacer y qué conservar después de meses de deliberación. Su designación puede ser *ad hoc*¹⁷ o a través de mecanismos preestablecidos. Una vez que esta etapa terminó, los legisladores deben decidir por un lado si tratar el proyecto de ley y por otro si modificarlo y, en caso de ser así, si hacerlo en el mismo sentido que las recomendaciones del comité.

El trabajo de los comités que llevan a cabo el escrutinio pre legislativo es más tarde sistematizado por el propio Parlamento en un informe que sistematiza y resume el trabajo hecho durante un período determinado. Por ejemplo, un infor-

¹⁴ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/green-papers/>

¹⁵ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/white-paper/?id=32625>

¹⁶ <https://erskinemay.parliament.uk/section/4988/prelegislative-scrutiny-of-draft-bills/>

¹⁷ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/select-committees/>

me producido por Richard Kelly para la Cámara de los Comunes del Parlamento británico encontró que en el período 2010-2015 se habían producido 31 informes en los que se llevaba a cabo un escrutinio previo por parte de algún comité.¹⁸ Dada la pluralidad de asuntos abarcados por el concepto de derechos humanos, estos informes podían referir a temas tan amplios como acceso al agua, terrorismo o parques nacionales. Lo que sí surge claramente de estos informes es que la práctica del escrutinio pre legislativo está asentada en el sistema británico al punto de haberse convertido en una verdadera institución política.

Existen pocos estudios sistemáticos sobre la influencia del escrutinio pre-legislativo en la legislación efectivamente adoptada. Mukeshimana afirma que el recurso a expertos puede producir que los redactores de la ley tengan más claro cuál es su objetivo y cuáles son los medios para alcanzarlos. Una comprensión más acabada del fenómeno que se quiere atacar y la forma en la que se lo quiere hacer puede llevar a mayor claridad en la redacción de la ley y esto a una aplicación más ágil. Asimismo, el escrutinio pre legislativo puede poner de manifiesto las limitaciones de la propuesta en cuestión y así prevenir la adopción de una política de implementación casi imposible.¹⁹

Uno de los mejores trabajos sobre escrutinio pre legislativo es el estudio de Lynch y Martin²⁰ sobre el caso irlandés. En su investigación, los autores encontraron hallazgos disímiles. Mientras que por un lado la cantidad de recomendaciones correlaciona negativamente con la aprobación o no del proyecto, no parece que someter o no a un proyecto a un escrutinio pre legislativo tenga un efecto sobre la cantidad de modificaciones que se le hacen. Por supuesto, dado que las causas de las modificaciones a un proyecto de ley pueden ser bien distintas, esto no nos dice demasiado sobre el impacto en el proceso legislativo del escrutinio pre-legislativo.

Al pasar a los estudios de caso, los autores investigaron los procesos previos a la adopción de la ley de identidad de género. En este caso, el escrutinio pre-legislativo cuestionó diferentes aspectos del proyecto tales como el criterio de auto-percepción (distinto al criterio físico), la edad a partir de la cual se puede hacer el derecho al género autopercibido y la exigencia de no estar casado para poder solicitar el cambio de género.

¹⁸ <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05859/SN05859.pdf>

¹⁹ B. Mukeshimana, «Pre-Legislative Scrutiny As A Way Of Ensuring The Quality Of Legislation», INSTITUTE OF ADVANCED LEGAL STUDIES, 2012, Disponible en <https://sas-space.sas.ac.uk/4709/>.

²⁰ C. Lynch; S. Martin, «Can Parliaments Be Strengthened? A Case Study Of Pre-Legislative Scrutiny», IRISH POLITICAL STUDIES, vol. 35, 1, 2020, Disponible en <https://doi.org/10.1080/07907184.2019.1631809>.

La influencia del escrutinio pre legislativo en este caso fue enorme. El ministro de protección social reconoció al aporte del comité como “importante y valioso” y, en lo que hace a la redacción de la ley, produjo un cambio estructural. Si bien no todas sus recomendaciones fueron aceptadas, sí es posible observar que ellas fueron consideradas y sometidas a discusión. Al ser entrevistados, los legisladores reconocieron la influencia del comité en el tratamiento del proyecto de ley, a la vez que sugirieron que el interés previo en el tema de sus miembros es una de las claves de su correcto funcionamiento. Por último, los actores destacan las similitudes entre las recomendaciones del comité y los reclamos de los organismos de la sociedad civil, lo que sugiere que los comités pueden funcionar como un mecanismo para que estos organismos cuelen sus argumentos en la esfera pública formal.

Podemos entonces ver que el escrutinio pre legislativo puede afectar el contenido de las normas. Esto porque al permitir que un grupo de personas especializadas en una determinada cuestión puedan discutir sobre ella y elaborar un informe, lo que termina apareciendo es un discurso de alta confiabilidad epistémica que, por lo tanto, merece ser tenido en cuenta a la hora de evaluar la redacción de un determinado proyecto de ley. De esta forma, el escrutinio pre legislativo puede ser muy útil para mejorar la calidad de la legislación.

3. Una experiencia incipiente en América Latina

Si bien nuestro continente no cuenta con una experiencia con el nivel de institucionalización del Parlamento británico, sí existen experiencias que sugieren que este tipo de mecanismos institucionales son posibles en América Latina. Esta particularidad de la experiencia chilena viene dada por dos elementos que son característicos de los sistemas en los que existen estudios de impacto: un sistema de comisiones abierto a la participación de expertos y un mecanismo de control previo de constitucionalidad. Si bien estos dos elementos no están vinculados en la práctica parlamentaria, su existencia muestra que no es imposible pensar en un modelo similar al británico en nuestra región.

El art. 213 del reglamento de la Cámara de Diputados de Chile establece que, excepto en aquellos proyectos de ley que deban ser tratados con urgencia, se debe convocar a una audiencia de al menos una hora de duración (no establece un máximo) en la que aquellas “instituciones o entidades que tengan interés en la materia” puedan ser escuchadas. Es decir que las comisiones deben abrir su

discusión a organizaciones de la sociedad civil para que ellas puedan sumar su perspectiva al proceso legislativo.

Por otro lado, el art. 224 del reglamento también prevee la incorporación de la ciudadanía a la vida legislativa. Según esta norma, cada comisión puede realizar dos jornadas temáticas al año para discutir algún asunto en particular. Estas jornadas son públicas y abiertas a la ciudadanía. Como vimos más arriba, dado que los diferentes actores de la vida política tienen diferentes perspectivas y sesgos más o menos sistemáticos, un debate plural y abierto a organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos no expertos puede contribuir a combatir contra estos problemas que pueden aparecer en los procesos legislativos.

Dijimos más arriba que Chile no solo tiene un proceso parlamentario en el que el sistema de consultas está aceitado, sino que también cuenta con un mecanismo de control previo de constitucionalidad. La Constitución chilena faculta al Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley. Es decir que además del clásico modelo en el que una persona afectada por una ley ya sancionada reclama su inconstitucionalidad ante los tribunales, Chile también admite que su máximo tribunal decida de forma previa a que exista un sujeto especialmente afectado.

El control previo de constitucionalidad en el modelo chileno es obligatorio en aquellos casos en los que las leyes en cuestión sea una ley orgánica constitucional o un tratado cuyo contenido sea asimilable a una ley de ese tipo. En estos casos, una vez que la ley fue aprobada en la cámara de origen, se la debe enviar al Tribunal Constitucional para que dictamine sobre su constitucionalidad. El dictamen del tribunal en estos casos es obligatorio.

La otra forma en la que el Tribunal Constitucional puede ejercer el control previo es a requerimiento de alguna parte. Tanto el presidente como las cámaras del Congreso pueden solicitar al Tribunal Constitucional que juzgue las normas que están siendo discutidas. En este último caso, el pedido debe haber reunido las firmas de un cuarto de los miembros de la Cámara para que sea considerado por el tribunal.

Tanto el control previo como la apertura a miembros de la sociedad civil durante la discusión de leyes parecen tender a modelos como el británico. Si consideramos a los jueces como expertos y asumimos que para evaluar la constitucionalidad de las normas ellos deben hacer predicciones sobre cuál será su impacto, en-

tonces el procedimiento previsto en el derecho chileno necesariamente implica una forma de estudio de impacto. Asimismo, el Congreso parece tener las herramientas necesarias para incorporar las perspectivas de ciudadanos no expertos y así someter sus normas al escrutinio de actores con perspectivas muy disimiles.

En resumen, si bien no existe en América Latina una tradición de estudios de impacto a nivel parlamentario, sí es posible encontrar algunos elementos de este procedimiento en el sistema chileno. Ello es especialmente relevante pensando en las experiencias que pueden desarrollarse en los demás países de la región, ya que el caso chileno puede mostrar las virtudes y falencias de este tipo de procesos y así ofrecer una guía para el resto de Latinoamérica.

D. Lobby, información, y desigualdad

El *lobby* es la actividad mediante la cual alguien que representa algún interés particular intenta cambiar la orientación de la política pública en un sentido que beneficie a ese interés. Algunos países institucionalizaron esta práctica dándole un marco formal, mientras que en otros es percibido como una afrenta a la democracia, que debería estar más preocupada por el interés general que por beneficiar a ciertos grupos específicos.

El lobby parece tener, en un primer momento, un beneficio en términos de información. Los lobistas suelen contar con información relevante que, presentada estratégicamente, puede contribuir a que los *policy makers* cambien su decisión. Dado que el nivel de influencia de los lobistas depende de su credibilidad,²¹ es esperable que la información aportada sea cierta. Sin embargo, sus intereses son particulares, por lo que también es esperable que esta información cierta solamente sea presentada en aquellos casos en los que contribuye a los objetivos del lobista. Asimismo, también es esperable que la actividad del lobista sea útil para perseguir los fines de quien lo contrata, ya que si esto no fuera así el lobby sería un costo que no tendría sentido pagar.

Esta situación parece, en un primer momento, ponernos en un dilema. O bien aceptamos al lobby como práctica legítima por su contribución a la *expertise* de los legisladores, o lo rechazamos en virtud del carácter estratégico de la actividad de los lobistas. Si aceptamos la contribución informativa, entonces deberemos resignarnos

²¹ D. Austen-Smith, «Information And Influence: Lobbying For Agendas And Votes», *AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE*, vol. 37, 3, 1993, pág. 800, Disponible en <https://www.jstor.org/stable/2111575?origin=crossref>.

a que la comunicación de los agentes sea estratégica. Si rechazamos el lobby, estaremos prescindiendo de información que podría ser valiosa para los legisladores.

Una primera salida de este dilema podría ser que la comunicación estratégica no necesariamente atenta contra la persecución del interés general. Las perspectivas sistemáticas de la democracia tienden a entenderla como un conjunto de engranajes que debe funcionar de forma interactiva, lo que los lleva a afirmar que no es necesario que cada elemento refleje el ideal democrático, sino que basta con que el sistema como tal lo haga.²² Bien podría suceder que una serie de interacciones estratégicas llevara a resultados colectivamente virtuosos, por lo que no necesariamente debemos descartar aquellas formas de intervención política que persiguen intereses particulares.

Desde esta nueva perspectiva, parecería que el lobby puede ser compatible con la democracia. Es decir que si permitiéramos que todos hicieran lobby ante los legisladores sus decisiones serían mejores por estar más informadas, sin que esto implique abandonar la persecución del interés general. En un caso como este, parecería que la información agregada sería mayor sin que se vea afectado ningún elemento del régimen político.

Sin embargo, esto no es necesariamente así. La democracia se sostiene sobre el principio de que todos debemos tener la misma posibilidad de influir en las decisiones políticas, es decir que más allá de nuestras condiciones de nacimiento o nuestra riqueza económica, todos somos igualmente ciudadanos y por lo tanto nuestra capacidad de influencia debe ser similar. Es acá donde aparece el problema. Como dijimos, el lobby es una actividad costosa y en sociedades tan marcadas por las dificultades económicas y la desigualdad como la nuestra, su práctica es imposible para grandes sectores de la sociedad. Así, solamente aquellos grupos con recursos podrían producir y presentar la información que consideren relevante, mientras que los demás se verían privados del acceso a este mecanismo institucional.

Al igual que cuando los legisladores intercambian políticas públicas dirigidas por financiamiento para sus campañas,²³ el problema del lobby no está tanto en la interacción estratégica como en la desigualdad de recursos con los que cada actor puede actuar en ese marco. Si todos pudiéramos acceder a influir en la

²² J. MANSBRIDGE Y OTROS, «A systemic approach to deliberative democracy», en John Parkinson, Jane Mansbridge (eds.) *Deliberative Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

²³ E. Vitaliani, «¿Qué Discutimos Cuando Discutimos Sobre Campañas Electorales? Una Lente Republicana Para Un Viejo Debate», *LECCIONES Y ENSAYOS*, vol. 102, 2019, pág. 255.

legislación mediante el lobby en igual medida, entonces el principio igualitario sobre el que se sostiene la democracia no se vería jaqueado”. Sin embargo, esto no es así. Usualmente el lobby es realizado por grandes empresas o grupos altamente coordinados cuya coordinación requiere recursos que no están a disposición de todos los actores políticos. Tal como afirma Álvarez Ugarte:

*“El problema es entonces fácil de intuir. Se trata de una práctica que requiere recursos, exige cierto nivel de capital simbólico y favorece a los jugadores de repetición. En ese contexto, quienes cuentan con recursos son quienes pueden dedicarle más tiempo a esta actividad, ya sea mediante la contratación de personas que impulsen sus intereses o la tercerización del trabajo en firmas profesionales”.*²⁴

En este punto, podría parecer que la única forma de garantizar la igualdad de influencia es la prohibición del lobby. Si bien esto implica un perjuicio en términos de información, parecería ser que solo así podemos conservar el principio igualitario. Esta afirmación, sin embargo, asume que el lobby solo puede suceder mediante mecanismos formales, es decir que sin una regulación que permita el lobby, la desigual influencia de los actores con mayor acceso a recursos desaparecerá. Obviamente esto no es así.

Diversos estudios muestran que el lobby existe no solo a través de los mecanismos institucionalmente dispuestos a tal fin, sino también (y a veces principalmente) mediante la articulación de mecanismos informales de influencia J. Hillier.²⁵ Al igual que en aquellos casos en los que se hace formalmente, las prácticas informales de lobby requieren una serie de recursos materiales y culturales que están desigualmente distribuidos a lo largo de la sociedad. De esta forma, parece que ambos caminos nos llevan a conclusiones poco atractivas desde un punto de vista igualitario.

En ese contexto, solo nos queda revisar las experiencias de la región y extraer algunas lecciones de aquellos países que lo regularon. Si bien históricamente los países latinoamericanos rechazaron el lobby como práctica formal por sus problemas en términos de igualdad, el S XXI trajo algunas innovaciones en nuestra región. Primero Perú y más tarde México, Colombia y Chile regularon el lobby,

²⁴ R. Álvarez Ugarte, «Democracia Y Lobby: Un Marco Teórico», NUEVA SOCIEDAD, vol. 276, 2018.

²⁵ «Going Round The Back? Complex Networks And Informal Action In Local Planning Processes», ENVIRONMENT AND PLANNING A, vol. 32, 2000.

lo que parece suficiente para afirmar que existe una tendencia en la región. Esta tendencia está caracterizada por la publicidad de la actividad de los lobistas (todos cuentan con un registro de intereses) y por la presencia de un régimen sancionatorio para aquellos que incumplan la normativa sobre cabildeo.²⁶

Chile parece ser el país en el que la regulación del lobby mejor logró sus objetivos de transparentar la actividad de los grupos de interés y permitir un acceso más amplio a los *policy makers*. Por supuesto, esto no significa que los ciudadanos de a pie ahora estén en condiciones de acudir a las oficinas de los legisladores a perseguir sus intereses. Sin embargo, actores con un acceso moderado a recursos como empresas medianas u ONGs sí tuvieron esta posibilidad como consecuencia de la regulación del lobby (Sahd K & Valenzuela B, 2016). Por otro lado, la creación de un registro público de las reuniones que se dan en el marco de esta nueva regulación llevó a una serie de investigaciones periodísticas que pusieron el foco en una preocupante relación entre ciertos actores privados y los decisores de política pública.

Así, mientras que el problema igualitario sigue estando presente, parecería que no en mayor medida que en el momento previo a la regulación. Por otro lado, la adopción de una ley que regule el lobby redundó en algún beneficio en términos de transparencia. Si sabemos sobre los encuentros entre defensores de intereses particulares y representantes, podremos estar atentos a estas relaciones y prender la luz de alarma cuando se vuelvan preocupantes.

Pero no todo es color de rosa para la legislación chilena. Sus problemas no solo vienen de la mano de una democratización incompleta, sino también de la no prohibición de la “puerta giratoria”. Los funcionarios públicos a veces rotan entre la gestión y la actividad privada. Eso les permite tener grandes redes de relaciones en el mundo de la política a través de las cuales pueden influir sobre los decisores. Para evitar este fenómeno, algunos países decidieron prohibir que quienes tuvieron un cargo público puedan hacer lobby durante una determinada cantidad de tiempo posterior a su salida de la función pública. Sin embargo, este tipo de regulación brilla por su ausencia en la ley chilena, lo que torna a la distinción entre decisores y actores privados difusa, contribuyendo a la existencia de relaciones poco virtuosas entre ambos mundos.²⁷

En conclusión, podemos decir que tanto la regulación del lobby como su ausencia

²⁶ D. Córdoba, «Regulación Del Lobby En América Latina», NUEVA SOCIEDAD, vol. 276, 2018.

²⁷ M. Arís, «Avances Y Desafíos En Laregulación Del Lobby En Chile», NUEVA SOCIEDAD, vol. 276, 2018.

presentan problemas en términos democráticos que deben ser cuidadosamente abordados. La región presenta algunos avances, aunque sus regulaciones sean parciales o insuficientes. En este sentido, es de destacar la experiencia chilena. A pesar de sus claroscuros, Chile logró institucionalizar el lobby de forma tal que aumentó la posibilidad de acceso a los *policy makers* y transparentó una práctica muchas veces oculta.

E. Derechos humanos y legislación

Los derechos humanos son una de las piedras angulares de nuestros sistemas jurídicos. Casi todos los países ratificaron tratados internacionales de derechos humanos que les imponen obligaciones de distinto tipo. Estas obligaciones no sólo recaen sobre los jueces, quienes deben incorporar a los derechos humanos a sus decisiones, sino que también afecta el diseño e implementación de políticas públicas en las demás ramas del estado. Es por ello que las burocracias especializadas tanto a nivel ejecutivo como legislativo realizan, en algunos países, evaluaciones de impacto esperado en derechos humanos de los distintos proyectos de ley.

Esto es particularmente frecuente en aquellos países en los que los jueces no pueden derribar una ley por ser incompatible con consideraciones de derechos humanos, por lo que los demás poderes deben tomarse la tarea de compatibilización entre normas y derechos humanos muy en serio. Sin embargo, esto no significa que esta práctica no pueda ser imitada por aquellos países en los que exista control judicial de constitucionalidad, por lo que su estudio es relevante para todas las legislaturas comprometidas con el respeto y la promoción de los derechos humanos.

La sanción de la Human Rights Act inglesa así como de la New Zeland Bill of Rights Act trajo aparejados un conjunto de cambios en la forma en la que se producen las normas en estos países. Al adquirir centralidad las normas que consagraban una serie de derechos fundamentales, los legisladores y las burocracias especializadas empezaron a incluir consideraciones de derechos humanos a sus evaluaciones de los proyectos de ley y a proponer cambios en consecuencia. Por otro lado, si bien Australia no había sistematizado una carta de derechos, sí contaba con un conjunto de normas (entre las que se encontraba la Constitución) que consagran una serie de derechos humanos y por ellos debían ser tomados en cuenta a la hora de legislar.

Si bien todos los países mencionados comparten un modelo primordialmente no judicial de protección de derechos humanos, nos concentraremos aquí en el modelo australiano en tanto es el único que es exclusivamente parlamentario. Los modelos inglés y neozelandés cuentan con burocracias especializadas en el poder ejecutivo que hacen los escrutinios de compatibilidad entre proyectos de ley y derechos humanos²⁸ y así evalúan si estos proyectos son o no cuestionables de acuerdo a sus cartas de derechos.²⁹

El modelo australiano tiene su columna vertebral en una institución compartida por gran parte de las democracias liberales: el sistema de comités.³⁰ Este sistema, largamente utilizado en el modelo británico,³¹ selecciona a un pequeño número de legisladores para que discutan sobre una determinada cuestión con el debido tiempo y asesoramiento. Designar a un pequeño conjunto de legisladores para que lidie con los problemas en términos de derechos humanos que pueden tener los diferentes proyectos de ley garantiza que se le dedicará la atención necesaria a este aspecto de la legislación.

Si bien lograron algunas modificaciones en la legislación,³² la influencia de los comités encargados de realizar recomendaciones fue pequeña. Sin embargo, la situación cambió a partir de la Parliamentary Scrutiny Act donde no sólo se ofreció una sistematización de qué entiende el derecho australiano por derechos humanos, sino que se estableció un comité permanente formado por cinco sanadores y cinco diputados y se le exigió a cada legislador que presentara un proyecto de ley que junto a él hubiera una declaración de compatibilidad entre el proyecto y los derechos humanos.

Las declaraciones de compatibilidad de los legisladores no producen efectos jurídicos. Ellas no obligan de ninguna forma al cuerpo del parlamento ni tienen

²⁸ J. L. HIEBERT; J. KELLY, *Parliamentary Bill of Rights. The experiences of New Zeland and the United Kingdom.*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

²⁹ El caso del Reino Unido es particularmente interesante porque allí la evaluación de compatibilidad entre un determinado proyecto de ley y la Human Rights Act es realizada por burocracias especializadas pertenecientes al Poder Ejecutivo. Sin embargo, una serie de instituciones informales y formales (un sistema parlamentario con una fuerte disciplina partidaria) hace que los lazos entre Ejecutivo y Parlamento sean muchos, por lo que la influencia de estas burocracias en la redacción de las leyes no debe ser despreciada.

³⁰ G. Williams; L. Burton, «Australia's Exclusive Parliamentary Model Of Rights Protection», *STATUTE LAW REVIEW*, vol. 34, 1, 2013, Disponible en <http://academic.oup.com/slr/article/34/1/58/1607105>.

³¹ P. Giddings, «Select Committees And Parliamentary Scrutiny: Plus Ça Change», *PARLIAMENTARY AFFAIRS*, vol. 47, 4, 1994, Disponible en <https://academic.oup.com/pa/article/47/4/669/1458754>.

³² S. Evans; C. Evans, «Australian Parliaments And The Protection Of Human Rights», *PAPERS ON PARLIAMENT*, vol. 47, 2007, Disponible en https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/pops/pop47/australianparliaments.

autoridad legal en los tribunales. Sin embargo, eso no significa que no afecte la práctica legislativa. Como afirman Williams y Burton, el potencial de las declaraciones de compatibilidad yace en que promueven el debate parlamentario haciendo claras las implicancias de los proyectos de ley en términos de derechos y por lo tanto permitiendo a los legisladores tomar decisiones más informadas.³³

Estas declaraciones de compatibilidad son revisadas por el comité permanente creado por la Parliamentary Scrutiny Act. Este comité tiene la función de revisar estrictamente los proyectos de ley, teniendo en cuenta su adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos y llevando adelante cualquier investigación específica que pudiera ser necesaria. Estas investigaciones pueden implementarse con diferentes herramientas tales como estudios empíricos o audiencias públicas. Es decir que existe un abanico amplio de herramientas a las que el comité puede recurrir para realizar sus dictámenes.

Los resultados de esta experiencia son disímiles. Las declaraciones del comité varían en rigor, longitud y claridad, por lo que no es posible extraer conclusiones sólidas. Esta heterogeneidad en la producción del comité impide extraer conclusiones decisivas sobre su funcionamiento como mecanismo protectorio de derechos humanos. Sin embargo, sí es posible identificar una serie de casos en los que la actividad del comité (a través de sus declaraciones o de las audiencias que organizó) influyó decisivamente en la legislación, identificando puntos problemáticos en términos de derechos humanos en diferentes proyectos de ley relacionados con educación, seguridad social y comunidades indígenas.³⁴

El repaso por la experiencia australiana nos permite extraer algunas lecciones. En primer lugar, la discusión sobre derechos humanos no tiene por qué estar limitada a los tribunales, sino que los parlamentos también tienen los recursos necesarios para debatir sobre ellos. En segundo lugar, sabemos que existen mecanismos institucionales que promueven esta discusión. Por último, sabemos también cuáles son los problemas que estos mecanismos presentaron, por lo que la incorporación de este tipo de instituciones debería hacerse de forma tal que mitigue el riesgo de repetir los errores de la experiencia australiana.

33 G. Williams; L. Burton, "Australia's Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection", cit., pág. 78.

34 *Ibid.*, págs. 82-88.

F. ¿Cómo evaluar los efectos de la ley?

4. ¿Qué es el *post legislative scrutiny*?

La sanción de una ley suele ser un momento de esperanza. Quienes votaron a su favor (una mayoría de los legisladores) lo hicieron porque creyeron que esa ley mejoraría la vida de un determinado conjunto de ciudadanos o que tendría efectos benéficos de algún tipo. Sin embargo, las personas pueden equivocarse. Constantemente elegimos un cierto medio para lograr un fin solamente para descubrir que no estábamos en lo correcto y que el medio escogido no era adecuado. La legislación no es la excepción a este fenómeno, sino que a veces las leyes sancionadas pueden no alcanzar sus objetivos.

Algunos parlamentos adoptaron mecanismos institucionales para que las leyes que no alcanzaron sus objetivos pierdan vigencia o sean modificadas para atender a esos problemas. Estos mecanismos fueron agrupados bajo el nombre de *post-legislative scrutiny* o escrutinio post legislativo. El escrutinio post legislativo puede hacer referencia a dos grandes conjuntos de estudios. En un sentido estricto, uno puede investigar cuáles fueron los efectos de la adopción de una ley en el ecosistema jurídico, es decir cuál fue su implementación de parte de las agencias relevantes o cómo fue interpretada por los jueces. Sin embargo, existe una segunda forma de interpretar el contenido del escrutinio post legislativo. Esta segunda forma implica estudiar los efectos de una norma en tanto política pública, es decir comparar los objetivos dispuestos con los logros efectivos de la política en cuestión.³⁵

De Vrieze y Norton explican que esta divergencia en lo que hace al contenido del escrutinio post legislativo está en qué es lo que se quiere escrutar. Mientras que un grupo cree que la dimensión relevante para estudiar la vida de una ley es su aplicación formal, otros entienden que la tarea de quien escruta debe concentrarse en investigar si la norma logró los objetivos que se propuso.³⁶ Dado que estas dos concepciones del escrutinio post legislativo no son excluyentes, no es necesario optar por una de ellas para continuar con el trabajo. Simplemente diremos que el escrutinio post legislativo es un mecanismo institucional utilizado por algunos parlamentos para evaluar las consecuencias de la adopción de una determinada norma.

³⁵ F. De Vrieze, "Post Legislative Scrutiny. Guide for Parliaments", cit., págs. 11-12.

³⁶ F. De Vrieze; P. Norton, «The Significance Of Post-Legislative Scrutiny», THE JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES, vol. 26, 3, 2020, págs. 352-354, Disponible en <https://doi.org/10.1080/13572334.2020.1780008>.

5. ¿Cómo se hace el post legislative scrutiny?

El escrutinio post legislativo empieza en la etapa de redacción de la ley. Allí los responsables por el devenir del proyecto de ley pueden considerar que evaluar sus efectos algún tiempo después de sancionado puede ser una buena idea. Si esto es así, existen dos caminos que pueden ser seguidos.

El primero, más estricto, es identificar algún indicador que dispare la revisión. Si la ley no logra ciertos objetivos, eso puede disparar dos consecuencias diferentes. Una posibilidad es que la falla en haber logrado sus objetivos implique la derogación automática de la ley (*sunset clause*) y otra, menos radical, es que esta misma falla automáticamente genere el reenvío de la ley al parlamento para su discusión (*review clause*).³⁷ Si bien estos mecanismos difieren en sus efectos, comparten el hecho de que el no alcance de un determinado objetivo dispare automáticamente una consecuencia jurídica relevante.

La segunda forma de llevar a cabo el escrutinio post legislativo no recurre a un disparador con efectos automáticos, sino que dispone una fecha para discutir si la legislación en cuestión debe volver a ser tratada, a la vez que sugiere una serie de indicadores para tomar esa decisión. Algunos de ellos pueden ser cómo recibieron la ley los especialistas, los operadores jurídicos o la opinión pública, aunque los legisladores pueden elegir los indicadores que crean relevantes con absoluta libertad.

Una de las etapas más difíciles del escrutinio post legislativo es la de elegir cuáles son las leyes que van a ser sometidas a él. Dado que los parlamentos tienen recursos escasos, no es posible realizar el escrutinio post legislativo sobre todas las leyes. Por lo tanto, es necesario decidir cuáles estarán sujetas al PLS y cuáles no. Los legisladores son reacios a revisar la legislación impulsada por su partido, a la vez que están interesados en revisar los efectos de las leyes apoyadas por los demás partidos,³⁸ por lo que la selección de las leyes que serán revisadas puede ser un punto problemático políticamente. Por lo tanto, no debería subestimarse el tiempo que puede llevar la resolución de los conflictos que podrían aparecer en torno a este punto.

Como dijimos más arriba, el escrutinio post legislativo implica por un lado la comparación entre los objetivos de una ley y sus logros, y por otro un estudio sobre la implementación jurídica de sus disposiciones. Es por eso que a la hora

³⁷ F. De Vrieze, "Post Legislative Scrutiny. Guide for Parliaments", cit., págs. 15-16.

³⁸ T. Caygill, «The UK Post-Legislative Scrutiny Gap», *THE JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES*, vol. 26, 3, 2020, págs. 5-9, Disponible en <https://doi.org/10.1080/13572334.2020.1769367>.

de seleccionar el material a partir del cual realizar el PLS es necesario tener en cuenta ambas dimensiones, es decir que los indicadores seleccionados para el escrutinio deben captar tanto las diferentes dimensiones de una norma como las diferentes dimensiones del escrutinio post legislativo. De Vrieze sugiere que los indicadores seleccionados capturen los efectos de la norma en cuanto a su impacto de género, sus costos, su impacto y su implementación de parte de los tribunales entre otros.³⁹

Para poder obtener estos datos es necesario contar con una administración pública comprometida con la producción de información accesible. Por lo tanto, las diferentes agencias que constituyen la burocracia estatal tienen un rol central para el escrutinio post legislativo. Ellas no solo implementan muchas de las políticas que son sometidas a escrutinio, sino que muchas veces también deben medir los indicadores que pueden funcionar como disparadores de la revisión. Es por ello que pueden ser una de las mejores fuentes de información para llevar adelante el PLS.

Los encargados de esta tarea también pueden recurrir a distintas fuentes a la hora de recolectar la información relevante. Esta evidencia puede ir desde testimonios hasta legislación secundaria o informes de diversos organismos de la sociedad civil. En todos estos casos, de lo que se trata es de recolectar y sistematizar información que les permita a los legisladores evaluar si la ley en cuestión logró los objetivos que se propuso y en qué medida lo hizo.

La recolección y sistematización de información producida por expertos (ya sea que su *expertise* venga de su formación académica o de su carácter de testigos privilegiados) y su posterior comparación con los objetivos formales y materiales de una cierta ley puede ser una de las mejores formas de vinculación entre conocimiento especializado y legislación democrática. Sin perder nunca el respeto por los procesos parlamentarios de naturaleza igualitaria, el escrutinio post legislativo permite incorporar conocimientos complejos a la hora de evaluar la efectividad de una ley, conjugando así dos de los ideales que caracterizan a nuestros tiempos: la legitimidad democrática y el rigor técnico de las normas que nos rigen como comunidad.⁴⁰

³⁹ F. De Vrieze, "Post Legislative Scrutiny. Guide for Parliaments", cit., pág. 22.

⁴⁰ P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*, Manantial, Buenos Aires, 2005, págs. 119-182.

H. Libertad de expresión y evaluaciones de impacto

Como vimos hasta acá, existen diferentes recursos institucionales tendientes a garantizar derechos humanos. La libertad de expresión no solo forma parte de este conjunto de derechos, sino que ocupa un lugar central en él en tanto es la garantía que nos permite discutir abiertamente sobre todos los demás. En consecuencia, evaluar el impacto de las regulaciones estatales en libertad de expresión parece especialmente relevante.

Los problemas de la regulación de la libertad de expresión pueden ser muy diversos. Mientras que algunas leyes pueden contener errores técnicos, otras pueden estar fundadas sobre concepciones erróneas sobre la libertad de expresión o enfrentarse a impedimentos políticos a la hora de su implementación, por lo que todos estos factores deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir cómo regular el debate público. No faltan ejemplos sobre normas que no alcanzaron sus objetivos, o cuyos efectos fueron dañinos para la deliberación colectiva. Entre ellos podemos pensar en la falta de implementación de muchos aspectos de la ley de Acceso a la Información Pública,⁴¹ la regulación regional sobre libertad de expresión en internet⁴² o la ley chilena de neutralidad de la red.

Como dijimos, las razones que explican los errores de estas regulaciones son distintos, por lo que no es fácil agruparlos bajo un mismo manto. Sin embargo, es frecuente encontrar legislaciones sobre libertad de expresión que o terminan atentando contra ella o fracasan en su intento de mejorar el estado de situación en la materia. Los diferentes mecanismos institucionales descriptos hasta aquí están pensados para atacar los diferentes problemas de estas regulaciones. Por ejemplo, los expertos consultados afirman que la mitad de las regulaciones de la región sobre libertad de expresión en internet no alcanzan los estándares fijados por la Corte Interamericana. Este tipo de errores podría ser subsanado mediante la mayor participación de expertos en los procesos de sanción de estas leyes.

Por otro lado, errores en la implementación de las normas como sus efectos no previstos o su falta de implementación debido a algún tipo de impedimento institucional podrían ser detectados mediante el *post legislative scrutiny*. Incluso recursos tales como una *sunset clause* podrían obligar al parlamento a replantearse su decisión y volver a pensar en torno a los objetivos que buscaban alcanzar mediante la legis-

⁴¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/texact.htm>

⁴² CELE, Internet regulation and its impact on freedom of expression in Latin America, Buenos Aires, 2018, p. 7.

lación. Así, lejos de quedarse con la letra de la ley, mecanismos como el PLS sirven para conocer cuál fue el efecto de ciertas legislaciones y poder corregir sus errores

La ley chilena de neutralidad de la red⁴³ es otro de los grandes ejemplos en los que una regulación en principio bien direccionada no logró alcanzar plenamente sus objetivos, ya que las compañías proveedoras del servicio ofrecieron “Redes sociales gratuitas” a sus usuarios, privilegiando un cierto contenido por sobre otro⁴⁴. Más allá de los argumentos esgrimidos por los proveedores, parece claro que esta violación del principio de *zero-rating* afecta la neutralidad de la red en tanto distingue arbitrariamente entre servicios⁴⁵. Así, más allá del avance que la ley de neutralidad de la red pudo haber significado en algunos aspectos, ella no alcanzó plenamente los objetivos que se planteó.

Más allá de sus particularidades, estas experiencias muestran que las leyes que regulan la libertad de expresión dentro y fuera de internet pueden fallar en diferentes aspectos. En este sentido, contar con mecanismos como los descriptos aquí puede reducir la posibilidad de error en un aspecto tan central para la vida democrática como la libertad de expresión

Por último, cabe analizar la posibilidad de que las consecuencias indeseables de una norma no surjan del error sino de la decisión consciente de quienes la redactaron. Dado que la libertad de expresión es un derecho central para la vida democrática, es de especial interés para los gobernantes, quienes buscan maximizar sus posibilidades de reelección. Es por ello que a veces ciertas razones públicamente aceptables pueden funcionar como cobertura de motivaciones particulares que aspiran a alterar el medioambiente expresivo en beneficio propio.

Este tipo de dinámica puede beneficiar al sistema si este beneficio coincide con los intereses del legislador o perjudicarlo en el caso contrario. Dado que un aspecto tan relevante del sistema democrático es a su vez tan interesante para los actores políticos, parecería que la libertad de expresión es un ámbito en el que evaluar las consecuencias de la legislación es especialmente apropiado. Así, los mecanismos de evaluación de impacto permitirán a la ciudadanía y a quienes se opusieron a la ley saber si los resultados prometidos en el debate legislativo finalmente se dieron o si las consecuencias de la adopción de una determinada legislación fueron diferentes a las esperadas.

⁴³ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016570&buscar=NEUTRALIDAD%2BDE%2BRED>

⁴⁴ Carboni, O. y Labate, C, «América Latina por una red neutral: el principio de neutralidad in Chile y Brasil», REVISTA FAMECOS: MÍDIA, CULTURA E TECNOLOGIA, vol 25, no. 2, 2018.

⁴⁵ Correa Pérez, M. «Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile», REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA, vol. 7, no. 1, 2018

I. Conclusión

Diferentes países a lo largo del mundo recurren a diversos mecanismos institucionales para compatibilizar representación política, *expertise*, participación ciudadana y derechos humanos. La diversidad de recursos institucionales va desde el *post legislative scrutiny* hasta la regulación del lobby, pasando por la incorporación de presupuestos participativos.

El recurso a estos mecanismos institucionales parece especialmente relevantes a la hora de pensar en el derecho a la libertad de expresión. No son pocas las normas que, al intentar regular el debate público, no pudieron alcanzar sus objetivos o recibieron serios cuestionamientos de parte de los expertos en la materia. La incorporación al proceso parlamentario de los mecanismos aquí descritos podría mejorar la calidad de la regulación de la libertad de expresión en nuestra región.

Si bien ninguna de estas experiencias parece ser una bala de plata, sí es cierto que muchas de ellas redundaron en mejoras en términos de derechos humanos y por lo tanto son recursos valiosos a la hora de pensar en modificaciones de nuestros procesos institucionales. El análisis comparado muestra que estos mecanismos no solo fueron adoptados por países desarrollados, sino que América Latina cuenta con experiencias virtuosas que incorporan muchos de los elementos aquí desarrollados. Esto por un lado puede servir como faro para aquellos países ajenos a estas innovaciones, mientras que por otro puede contribuir a que los actores relevantes las perciban como posibles y beneficiosas para sus propias realidades, cambiando así el panorama del proceso legislativo en América Latina.