

EVALUACIÓN DE UN LUSTRO DE EVALUACIÓN *EX POST* DE LAS NORMAS

EVALUATION OF FIVE YEARS OF *EX POST*-EVALUATION OF REGULATION

Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Profesor propio agregado
Derecho Constitucional
UPComillas (ICADE)
<https://orcid.org/0000-0002-9272-7359>

Fecha de recepción del artículo: mayo 2023

Fecha de aceptación y versión final: mayo 2023

RESUMEN

Las Leyes 39 y 40/2015 incorporaban a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la evaluación ex post de las normas. A través de ésta se culminaba formalmente la mejora de la técnica normativa, de manera que las normas ya no solo serían evaluadas previamente a su aprobación (ex ante), sino una vez aprobadas. Transcurrido un lustro de dicha regulación, puede comprobarse cómo la evaluación ex post sigue siendo, aún hoy, una asignatura pendiente de nuestro sistema legal, dado que el análisis que a posteriori se hace de las normas aprobadas por el Gobierno y las Cortes Generales es meramente un recuento de qué normas se había previsto aprobar y cuáles se han aprobado efectivamente, sin la más mínima evaluación sobre eficacia, eficiencia, posibles efectos no previstos directamente por la correspondiente norma que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura o los resultados de la aplicación de la norma. Se efectúa tan solo una mera constatación del cumplimiento meramente formal de los compromisos regulatorios asumidos en el plan por los diferentes departamentos ministeriales y poco más. Además, nuestro modelo de evaluación ex post no atiende con especial relevancia a la exigencia de reevaluación que se deriva de la adopción precipitada de normas por las circunstancias concurrentes, como tuvo lugar durante los dos primeros años de la pandemia. Se trata de

un sistema evaluativo más atento a cuestiones económicas que a las que tienen un impacto directo en los derechos y libertades de los ciudadanos.

Palabras clave: técnica normativa, evaluación normativa, evaluación ex post, Derecho de la Unión Europea, principio de seguridad, democracia, rendición de cuentas.

ABSTRACT

In 2015 our legal system adopted the ex post evaluation. Through this, the improvement of the normative technique was formally culminated, so that the norms would no longer only be evaluated prior to their approval (ex ante), but once approved. However, more than five years later, ex post evaluation continues to be, even today, a pending subject in our legal system. The analysis that is made a posteriori of the norms approved by the Government and the Parliament is merely a recount of which regulations were expected to be approved and which have been actually approved. There is not an evaluation of effectiveness, efficiency, possible effects not directly foreseen by the corresponding regulation that may compromise its future viability or the results of the application of the rule. Only a mere verification of merely formal compliance with the regulatory commitments assumed. In addition, our ex post evaluation model does not pay special attention to the reassessment requirement that derives from the adoption of regulations due to concurrent circumstances, as occurred during the first two years of the pandemic. It is an evaluation system more attentive to economic issues than to those that have a direct impact on the rights and freedoms of citizens.

Keywords: regulatory technique, regulatory evaluation, ex post-evaluation, European Union Law, legal security, democracy, accountability.

SUMARIO: I. LA INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN *EX POST* A LAS LEYES 39 Y 40/2015. II. EVALUACIÓN *EX POST* Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: SUS VIRTUDES EN UNA DEMOCRACIA FRAGMENTADA. III. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA EVALUACIÓN *EX POST*. IV. EVALUACIÓN *EX POST* EN LAS NORMAS Y EVALUACIÓN *EX POST* EN ACCIÓN: UN LUSTRO DE DECEPCIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

*En mí combaten el entusiasmo por el manzano
en flor y el horror por los discursos del pintor
de brocha gorda. Pero solo esto último me
impulsa a escribir*

Bertold Brecht, *Malos tiempos para la lírica*

I. LA INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN *EX POST* A LAS LEYES 39 Y 40/2015

El Preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas¹, expresa, textualmente, que

En aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante* (...) Al mismo tiempo, se fortalece la evaluación *ex post*, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado

señalando a continuación que

Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa («Better regulation» y «Smart regulation»). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas.

¹ La Ley 39/2015 fue publicada en el BOE de 2-X-2015, pero su Disposición Final Séptima disponía que entraría en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

A tal fin, «resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes».

Así pues, dicha norma viene a dar, por primera vez, fundamento legal a la evaluación *ex post*, salvando como antecedente, quizás, la remota y curiosa previsión contenida en el propio Código Civil; en concreto, en su Disposición Adicional Primera, la cual preveía, que

El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.

Desconocemos si dicha norma sutilmente escondida en el viejo Código ha tenido aplicación alguna en sus largos años de existencia, pero no es aventurado afirmar, sin ni siquiera hacer una mínima pesquisa, que no debió ser especialmente relevante, al menos en el terreno de la praxis.

La citada Ley 39/2015 consagra en su artículo 130 el deber de las Administraciones públicas de revisar periódicamente «su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas». Dicha revisión, añadía la ley, deberá plasmarse formalmente en «un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente» y deberá llevarse a cabo bajo los requisitos que se derivan el principio de proporcionalidad en la aplicación de limitaciones a la actividad económica.

Se completa, de este modo, el marco de evaluación de las normas que en los últimos años se ha habido centrado fundamentalmente en la evaluación *ex ante*, es decir, previa a la aprobación de

la ley a través, sobre todo, de las conocidas memorias de impacto, incorporando la figura de la evaluación *ex post*, dentro de lo que sería, con carácter general, una adaptación de la normativa a los principios de buena regulación.

Además, las previsiones contenidas en dicha ley se completan con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la que se modifican diversos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y, específicamente, las normas que regulan la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria del Gobierno².

² Las Leyes 39 y 40/2015 no son, sin embargo, los primeros antecedentes de esta nueva fórmula de control del impacto normativo. Ya encontramos una mención a la necesaria revisión *ex post* de las normas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. En su Preámbulo dispone que «el Capítulo I, relativo a la mejora de la calidad de la regulación, recoge los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios». El mencionado Capítulo I y sus artículos 4 a 7 se vieron derogados, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2.c) de la anterior Ley 39/2015. En cuanto a la evaluación *ex post*, dicha regulación ahora derogada señalaba en su artículo 5 que «Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas: (...) 3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación». Además, el siguiente artículo 6 establecía el deber de las Administraciones públicas de revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en la ley, debiéndose impulsar, en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, criterios para promover la aplicación de los principios de buena regulación.

Y dos años después de aprobarse esta primera previsión de la evaluación *ex post* (o *a posteriori* en los términos empleados por el legislador), se aprueba la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en la que se incorpora una cláusula específica de evaluación *ex post* de los efectos de la propia ley. Así, su Preámbulo dispone que «se encarga a la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios la evaluación periódica de la implementación y los efectos de la Ley, se prevé la presentación a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de un Plan de trabajo y seguimiento con carácter anual, se recoge el plan de trabajo de las conferencias sectoriales y se establece el plazo máximo de remisión de la información para la integración en los registros sectoriales y de la puesta en funcionamiento del sistema de intercambio electrónico de información». Y así, el artículo 10 dispone que «4. El Consejo para la Unidad de Mercado se reunirá al menos semestralmente y tendrá, entre otras, las funciones de seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de esta Ley; impulso de los cambios normativos necesarios para la elimi-

El artículo 25 señala que el Gobierno aprobará anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. En dicho plan se identificarán, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. El plan estará coordinado por el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo.

El siguiente artículo 26 por el que se regula el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos, dispone que el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno analizará, entre otros aspectos, 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 norma cuando fuere preceptivo.

Finalmente, el artículo 28 incorpora la figura del Informe anual de evaluación, el cual sería aprobado antes del 30 de abril de cada año, y en el que se reflejaría el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el citado plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa. Se trata, pues, no tanto de un mecanismo de evaluación *ex post* de las normas, sino del propio cumplimiento del Plan Anual

nación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes; e impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15 de esta Ley». Dicho precepto, bajo el título de «Evaluación periódica de la normativa», dispone que «1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado» y «3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 10 de esta Ley».

Normativo. Sin embargo, sí añadía que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2, es decir, cuando el Plan Anual Normativo hubiera identificado normas que habrían de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el informe comprendería un análisis de la eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación; la eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias; y, por último, la sostenibilidad de la disposición. En relación con esta evaluación, el informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis³.

II. EVALUACIÓN *EX POST* Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: SUS VIRTUDES EN UNA DEMOCRACIA FRAGMENTADA

Ciertamente, la evaluación *ex post* como mejora de la técnica legislativa a través de la valoración retrospectiva de las normas

³ La Sentencia del Tribunal Constitucional número 55/2018 (Fundamento Jurídico 7) ha declarado inconstitucional la obligación de revisión periódica en cuanto vulnera el orden competencial de las comunidades autónomas, que están «estatutariamente atribuidas, en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes». Para el Alto Tribunal, siguiendo los argumentos de la letrada de la Generalitat de Cataluña, «Los artículos 129 (salvo el apartado cuarto, párrafos segundo y tercero, cuya impugnación ya hemos examinado), 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015 se refieren al ejercicio, por parte de los gobiernos nacional y autonómico, tanto de la potestad reglamentaria como de la iniciativa legislativa. Se aplican, por tanto, a las iniciativas de rango legal de las Comunidades Autónomas. Invaden por ello las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes. Procede, pues, estimar el recurso en este punto y declarar en consecuencia la invasión competencial que denuncia el Gobierno de Cataluña». En todo caso, el Tribunal aclara, a continuación, que tal declaración «tampoco conlleva en este caso la nulidad de los artículos 129, 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015. Según acabamos de ver, tales preceptos se refieren también a las iniciativas legislativas del Gobierno nacional, lo que no ha suscitado controversia alguna en este proceso. De modo que, para remediar la invasión competencial señalada, basta declarar que estos preceptos son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas». Así pues, el precepto en sí no se anula, pues su vigencia en relación con las iniciativas legislativas del Gobierno nacional no suscitó controversia alguna, quedando por tanto limitada su eficacia a las normas estatales. Este fallo lleva implícito que la evaluación de la normativa forma parte de la potestad normativa, y que, por lo tanto, evaluar y regular no son potestades diferenciadas.

aprobadas, completando la estrictamente prospectiva que supone la evaluación *ex ante*, encuentra su origen en el Derecho de la Unión Europea, donde la mayoría de la legislación que se adopta actualmente incorpora una cláusula de revisión que viene referida tanto a la evaluación de su implementación como de sus impactos (Zwaan, Van Voorst y Mastenbroek, 2016, p. 675). La mejora en la calidad de la regulación se concibe como una iniciativa comunitaria dirigida a favorecer la actividad económica, el desarrollo empresarial y la innovación en los mercados europeos a través de la adopción de un ambicioso programa de revisión de las normas comunitarias y estatales vigentes, con instauración de controles *ex ante* y *ex post* de las propuestas normativas y de las normas vigentes. Este sistema se establece en aras de facilitar la iniciativa empresarial, eliminando o reduciendo las cargas administrativas superfluas o injustificadas, y exigiendo una motivación adecuada que acompañe a la elaboración y formulación de cualquier norma, asociada a una evaluación de su impacto en la realidad, principalmente en términos económicos y sociales (Marcos, 2009, p. 336).

Sin embargo, la evaluación *ex post* tiene también relevancia desde la perspectiva de la parte dogmática y orgánica de la Constitución.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es importante recordar que, si la Constitución consagra en su artículo 9.2 el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, el Estado ya no cumple simplemente con declarar y reconocer en el plano normativo las libertades individuales, sino que está obligado a garantizar en el terreno de los hechos su efectividad. Y así, el seguimiento de sus decisiones normativas constituye un mecanismo imprescindible para controlar y asegurar que éstas alcanzan real y eficientemente los objetivos marcados, es decir, que efectivamente quedan garantizados los derechos fundamentales (Domenech Pascual, 2005, pp. 102-103). El paradigma clásico de nuestro Estado de Derecho, en virtud del cual, lo importante es la legitimación *a priori*, es decir, la concurrencia y

cumplimiento de determinados requisitos, y no *a posteriori* por su acierto o eficacia (Esteve Pardo y Tejada Palacios, 2013, p. 152), parece que no puede ya mantenerse. Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no sólo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen, que es necesario conocer si el comportamiento de sus destinatarios se acomoda o no a sus previsiones, cuáles son sus consecuencias y efectos, y cuál es el coste de consecución de sus objetivos (Mercado Pacheco, 2013, p. 86).

La evaluación se muestra, de este modo, como un instrumento que permite la rendición de cuentas en el ámbito de la labor legislativa de los poderes públicos y en relación con la promoción de los derechos y libertades. Conectaría, así, con el propio tenor del artículo 135 de la Constitución, tras su reforma, el cual refuerza los deberes ya constitucionalizados de economía y eficiencia de la acción de los poderes públicos y exige un uso racional de los recursos públicos, viniendo a otorgar un nuevo peso a las razones económicas de la acción legislativa (Mercado Pacheco, 2013, p. 86).

Como señala García-Escudero Márquez en su propuesta de regeneración del Parlamento, cada vez cobra mayor relevancia la evaluación de las leyes aprobadas para la comprobación de su adecuación al objeto perseguido y así puede sugerirse un seguimiento de la efectividad de las leyes aprobadas y de las dificultades de su aplicación, para lo que podrían habilitarse distintas fórmulas, que van desde una subcomisión en el seno de la comisión legislativa competente, hasta informes periódicos del Gobierno (por ejemplo, aportando los datos cuantitativos de los efectos de determinadas medidas legislativas), que a su vez puedan dar lugar al ejercicio de su iniciativa legislativa por los grupos parlamentarios o a instar la acción del Gobierno mediante proposiciones no de ley. El mayor conocimiento, dice, repercutirá en una mejor labor legislativa, tanto más en una época en que las reformas de las leyes se suceden a ritmo, si no vertiginoso, cuando menos rápido (García-Escudero Márquez, 2015, p. 186).

Desde la perspectiva del Estado democrático, se ha apuntado que la promoción de la evaluación *ex post* de las normas puede ayudar a contrarrestar el alto grado de desafección social que muestran nuestras democracias contemporáneas. La participación de los ciudadanos en los procedimientos de evaluación puede ayudar a combatir la

indiferencia hacia el bien público (Van Aeken, 2011, pp. 45-46). Más aún, pudiera servir como instrumento para facilitar el consenso en este nuevo panorama de parlamentos fragmentados o multipartidistas al que parecen enfrentarse de manera inestable nuestras democracias y que tan palpables se muestran cuando se trata de debatir sobre la regulación de cuestiones que afectan a lo más profundo de las creencias del individuo y donde el consenso es harto difícil de alcanzar. Si la legislación es la forma de expresión del Parlamento que más consenso exige habitualmente, la evaluación *ex post* puede ayudar a lograrlo en la medida que garantiza a la minoría cuya voluntad no acaba por ser aceptada que la norma y sus consecuencias serán evaluadas, aunque sea *a posteriori*.

Incluso, la evaluación *ex post* puede ser concebida como una garantía de la minoría, conectando de este modo con el constitucionalismo que se inaugura en la segunda mitad del siglo xx, tras la experiencia político-constitucional que concluyó con la Segunda Guerra Mundial, el cual combina principio de mayoría con instrumentos de protección de la minoría. Y, a estos efectos, la objeción basada en la teoría de la pendiente resbaladiza, argumento consecuencialista al que recurre con frecuencia la minoría en temas que afecta directamente a cuestiones morales, y, en virtud del cual, se considera que la legalización de determinadas prácticas tradicionalmente prohibidas o la transformación de determinados deseos en verdaderos derechos puede deslizarse hacia su aplicación en casos en los que no existe verdadera autonomía de voluntad, encontrará la satisfacción de que sus temores podrán ser, al menos, contrastados durante la aplicación de la norma. Los temores de una posible aplicación de la norma fuera de las garantías y requisitos previstos se verán mitigados, dado que ésta será sujeta a un riguroso escrutinio durante su vigencia.

La vocación de evaluación ofrece, pues, una alternativa cuando no hay margen para la negociación política. Si la ley, como señala Zagrebelsky, no es ya la expresión de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social y no es, por tanto, el final, sino la continuación del conflicto (Zagrebelsky, 2009, p. 38), en tal contexto la evaluación *ex post* puede ayudar a racionalizar tal conflicto y eliminar elementos puramente demagógicos y electoralistas del debate acerca de los

aciertos y desaciertos de la ley promovida por la mayoría y, en muchas ocasiones, ya en el Parlamento fragmentado, en contra de la minoría.

Y Adela Cortina, explica, siguiendo a Levitsky y Ziblatt, que para que una democracia funcione son necesarias dos reglas básicas: primera, la tolerancia mutua que consiste en aceptar que los oponentes tienen igual derecho a competir, que son decentes y patriotas. Segunda, el autodomínio, la idea de que los políticos han de restringirse al desarrollar sus prerrogativas institucionales, han de practicar el autocontrol paciente, la moderación y la tolerancia, la convicción de que no se deben realizar acciones que, aunque sean legales, ponen en peligro el sistema (Cortina, 2021, p. 47). Y la evaluación *ex post* puede ser expresión de dicho autocontrol y tolerancia. La norma es aprobada por la mayoría, pero bajo el compromiso de ser evaluada *a posteriori*, como verdadera expresión de que en nuestras democracias las verdades absolutas no existen y que el Gobierno actúa con neutralidad, sobre todo, moral. Se legisla para promover el programa político de la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno, pero no para conformar un nuevo orden social.

Como se ha subrayado por la doctrina, la técnica legislativa no sólo debe ocuparse de los aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática), sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada (García-Escudero Márquez, 2011, p. 73).

Y tampoco debe obviarse el valor de la seguridad jurídica tanto en lo que se refiere a la parte dogmática como orgánica de la Constitución. Así, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regulaba la memoria del análisis de impacto normativo –ahora ya derogado–, el cual supuso un avance importante en la calidad de las leyes desde la perspectiva de su análisis prospectivo de su implementación, señalaba, literalmente, que

la mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de

garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma.

Como se recoge en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, «El primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, la libertad solo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la ley». La seguridad jurídica constituye un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, garante máximo de la libertad y, además, un valor vinculado a la estabilidad social. Esto significa que, siendo la libertad la máxima aspiración del individuo y de la colectividad, el Derecho en su conjunto debe afinar sus cualidades formales y sustantivas, sin relegar su eficacia. La seguridad jurídica convierte en valor axiomático esa necesidad y pasa de este modo a inspirar la vida jurídica entera, desde que la norma se proyecta y elabora hasta que se aplica. Opera entonces como una válvula de garantía de las personas que, respetando sus intereses y los de los demás, esperan una aplicación razonable de las reglas establecidas en el Derecho, exenta de imprevistas e indeseadas sorpresas (Bermejo Vera, 2010, pp. 76-77).

Y si la seguridad jurídica ostenta tal posición estelar en nuestro sistema constitucional, la eficacia de la norma se presenta ya como una exigencia ineludible para los poderes públicos. La seguridad jurídica no sólo exige certeza de existencia y certeza de cognoscibilidad, sino también que el Derecho tenga eficacia. Esta es importante para que exista confianza en el propio Derecho (Arcos Ramírez, 2000, p. 44), para que el Derecho genere apego y no desafección, lo que nos devuelve de nuevo a la evaluación *ex post*, ya que sin evaluar *a posteriori* la norma cómo podemos determinar que cumple cabalmente con la exigencia de eficacia que es una parte sustancial de la seguridad jurídica.

A través de la evaluación *ex post* se promueve, por tanto, la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justifica-

do y adecuadamente valorado. Se pretende introducir racionalidad teleológica en el proceso normativo al ser el sistema jurídico un mero medio para conseguir fines (Juan Lozano, 2009, p. 254). Se pretende determinar si el marco regulatorio en vigor alcanzó los objetivos deseados, si la aplicación de la ley o la regulación fue lo suficientemente eficiente y eficaz, y en qué medida cualquier impacto esperado o no de la intervención regulatoria se abordó de manera adecuada en el momento de concebir el instrumento normativo. En similares términos puede decirse que se pretende que el legislador aprenda de sus errores y que las normas no sean consideradas como entidades autónomas, al margen de sus efectos y de la realidad social.

Como acertadamente apuntaba Santamaría Pastor hace ya casi dos décadas, debe difundirse la idea de que la eficacia del gestor público no está en función directa ni puede medirse en base a la cantidad de normas que alcanza a situar en el respectivo diario oficial, sino a la eficiente aplicación de las normas que ha heredado (Santamaría Pastor, 2005, p. 392). La instauración de un mecanismo de control de esta naturaleza se encuentra estrechamente vinculada a la superación de la concepción de la ley típica del constitucionalismo decimonónico como norma esencialmente reguladora de las relaciones civiles, concepción que comienza a cuestionarse en el período de entreguerras cuando dicha categoría jurídica adquiere una nueva dimensión que la convierte esencialmente en el instrumento a través del cual se marcan los objetivos de las políticas públicas y se establecen las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos encargadas de llevarlas a cabo (Pardo Falcón, 2007, p. 88). E, incluso, puede afirmarse que supone una propia superación del propio Derecho como ciencia, habiéndose centrado históricamente en la aplicación del Derecho y en su interpretación, y poco en la elaboración de las normas. Los paradigmas clásicos de nuestro Derecho han conducido a una construcción dogmática teórico-formal de las instituciones o reglas, con mucha menor (o nula) preocupación por la eficacia de la actividad administrativa desplegada en el marco legal (Ponce Solé, 2009, p. 204).

Y a esta importante labor de evaluar retrospectivamente la norma puede prestar una gran ayuda el desarrollo de las nuevas tecnologías. Estas, impulsadas con especial vigor por las necesidades

provocadas por la pandemia de la Covid-19, a la que no son obviamente ajenos los poderes públicos, ofrecen también oportunidades en el análisis retrospectivo de las normas. Este análisis no queda, además, limitado a los tradicionales datos que figuran en las bases de la Administración o de determinadas agencias o instituciones, sino que se abre con carácter general a toda la población y a toda modalidad de dato a través del Big Data. Este ofrece en general muchas alternativas y oportunidades que alcanzan también al estudio de la eficacia de las normas ya aprobadas⁴. La explotación masiva de los datos tradicionales e, incluso, su interrelación con los no tradicionales, va a permitir avanzar en el conocimiento de la realidad social y de la implantación en la misma de las consecuencias jurídicas previstas en la norma. Los resultados derivados de la explotación de datos que hasta hace pocos años se tardaban décadas en obtener ahora pueden conseguirse en meses, incluso, días, y ello, además, a un precio muy asequible. Los algoritmos van a permitir comparar un ingente número de normas, procesos, aplicaciones y realidades ofreciendo unas conclusiones que permitirán conocer con mayor precisión, por volumen, cuáles son las mejores propuestas y soluciones para las necesidades de la realidad social.

Esa implementación de las nuevas tecnologías y, especialmente, el uso masivo de datos ya es una realidad en algunos sistemas jurídicos como el norteamericano, en el que se aplican los recientes avances del análisis computacional de textos (*Machine Learning* y *Natural Language Processing*, entre otros) al procedimiento normativo electrónico (*eRulemaking*) de las agencias federales norteamericanas y en el que la participación ciudadana se vehicula a partir de una plataforma digital que propicia supuestos de «megaparticipación» cuyos resultados empiezan a ser evaluados con aquellas herramientas de inteligencia artificial (Canals Ametller, 2019, p. 4).

⁴ Señala la Agencia Española de Protección de Datos en el Código de Buenas Prácticas en Protección de Datos para Proyectos Big Data elaborado conjuntamente con el ISMS Fórum Spain que «Existen múltiples definiciones de Big Data de diversas fuentes. En síntesis, con dicho término se hace referencia al conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos a una escala y variedad no alcanzada hasta ahora y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo. Al Big Data frecuentemente se le caracteriza mediante tres “v”: Volumen, Variedad y Velocidad».

Como señala Canals Ametller, el trámite de evaluación normativa, en el que se inserta la evaluación *ex post*, está ligado a la tarea de exploración y recolección de datos empíricos, no solo numéricos o meramente estadísticos, relativos a normas jurídicas –a su aplicación y cumplimiento efectivos, a sus aciertos y desaciertos, a sus costes y beneficios, a las distintas opciones de regulación, incluso a necesidades reales de regulación–, tareas que pueden generar una gran cantidad de datos normativos con nuevas funcionalidades en el proceso de toma de decisiones normativas, para cuyo procesamiento por tecnologías de inteligencia artificial –basadas en el uso algoritmos y de datos– parece ser imprescindible. Y no se trata solo, en palabras de la misma autora, de la reutilización de la información pública y de posibilitar el derecho de acceso a datos públicos, sino a la recolección, estructuración y procesamiento de la información que se encuentra dispersa en las distintas Administraciones públicas competentes y en la sociedad civil, que requiere de mejores conductos de participación en los procesos públicos decisorios. En ambos casos las nuevas tecnologías digitales se presentan como instrumentos eficaces para lograr una mejor participación y la mejor regulación posible (Canals Ametller, 2019, pp. 3 y 4).

En nuestro sistema jurídico, el uso de dichas herramientas no es tan generalizado y estandarizado, salvo en algunos ámbitos de especial interés para los ingresos de la Administración, como es el de la imposición y recaudación de tributos, pero al menos existen las bases para poder recopilar de manera electrónica un gran número de datos que posteriormente pueden ser tratados masivamente. Véase, por ejemplo, la previsión contenida en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que dispone que «con carácter previo a la elaboración de un proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma»⁵.

⁵ Para el Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/2018, dicho trámite de consulta previa por medios electrónicos no tiene la condición de norma básica, lo que, en cierto modo, resulta paradójico por el impulso que en todos los ámbitos de la sociedad están

En todo caso, para que dichas herramientas sean útiles es indispensable un papel más activo de los poderes públicos en las redes sociales y también tales poderes sean capaces de generar discusiones argumentativas, para lo que es necesario una clara intencionalidad política y administrativa que permitan un auténtico diálogo con los ciudadanos, a partir del cual extraer información valiosa para la toma de decisiones públicas (Canals Ametller, 2019, p. 12). Y aunque la pandemia ofreció una oportunidad irrepetible para ello, parece no haberse aprovechado del todo, manteniendo muchas Administraciones públicas el mismo modelo de interrelación con los ciudadanos, una vez que el confinamiento decayó.

III. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA EVALUACIÓN *EX POST*

La previsión contenida en el artículo 25 de la Ley 40/2015 de la que acabamos de dar cuenta al inicio de este trabajo, fue desarrollada por 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.

Como dispone el Preámbulo de esta norma reglamentaria, su objeto es regular «el proceso de elaboración del Plan Anual Normativo y del Informe Anual de Evaluación Normativa, y estableciendo los criterios para determinar las normas que deben ser objeto de evaluación, una vez aprobadas», y «Con objeto de facilitar la necesaria participación de todos los Departamentos ministeriales en el proceso de planificación y evaluación normativa, se constituye una junta interministerial, bajo la coordinación del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, constituida por las personas titulares de las Secretarías Generales Técnicas, unidades que aportarán su experiencia profesional en el ámbito de la producción normativa, además de su respectiva especialización sectorial. Este órgano se denominará Junta de Planificación y Evaluación Normativa».

El artículo 3 del Real Decreto establece los criterios para determinar qué normas han de someterse a la evaluación *ex post*:

teniendo las nuevas tecnologías, habiendo ya integrado parcialmente o, incluso, plena y exclusivamente, algunas actividades y hábitos de los ciudadanos.

- a) Coste o ahorro presupuestario significativo para la Administración General del Estado.
- b) Incremento o reducción de cargas administrativas para los destinatarios de la norma que resulte significativo por el volumen de población afectada o por incidir en sectores económicos o sociales prioritarios.
- c) Incidencia relevante sobre los derechos y libertades constitucionales.
- d) Conflictividad previsible con las comunidades autónomas.
- e) Impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma.
- f) Efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas.
- g) Impacto relevante por razón de género.
- h) Impacto relevante sobre la infancia y adolescencia o sobre la familia.

Como puede comprobarse, dichos criterios coinciden con los que se incluyen en las memorias de impacto normativo y no atienden especialmente a la exigencia de reevaluación que provoca la aplicación de la precaución, aunque éste sí podríamos entender que se haya cubierto por la previsión contenida en la letra c), aunque con menor relevancia que las cuestiones de índole puramente económica o empresarial.

Completa lo anterior el propio artículo 3.2, disponiendo que deberá analizarse, 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 o haberlo sido en menor grado.
- c) La sostenibilidad de la disposición, considerando los efectos de la norma no previstos directamente por ella que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura.
- d) Los resultados de la aplicación de la norma, en función del criterio por el que fue sometida a evaluación.

El apartado 4 y final del ya citado artículo 3 del Real Decreto 286/2017 señala que los «Departamentos ministeriales remitirán a la persona que ejerza las funciones de Secretaría de la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, antes del 1 de marzo de cada año, un informe en el que se recojan:

- a) Los resultados de los procesos de evaluación normativa que se hayan llevado a cabo en el año precedente.
- b) Las razones justificativas de los eventuales incumplimientos del Plan Anual Normativo del año anterior».

El artículo 5 del Real Decreto 286/2017 crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, con carácter interministerial, adscrito a la Subsecretaría de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, competente para elaborar los proyectos de Plan Anual Normativo y del Informe Anual de Evaluación Normativa. La citada Junta estará compuesta, según establece el artículo 6, por un presidente, cargo que ostentará la persona titular de la Subsecretaría de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, un vicepresidente, recayendo en la persona titular de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, y los vocales, los cuales serán las personas titulares de las Secretarías Generales Técnicas de los restantes departamentos ministeriales, así como un representante de la Oficina Económica del Presidente, con rango de director general. El órgano colegiado se completa con un secretario, que corresponderá a la persona titular de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales.

Entre las competencias de la Junta, se encuentran, la de elaborar el proyecto de Informe Anual de Evaluación Normativa, para su elevación al Consejo de Ministros por la persona titular del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, y proponer criterios generales en materia de planificación y evaluación normativa de la Administración General del Estado (artículo 7 b) y c).

Además, el artículo 4 del Real Decreto dispone que en el Informe Anual de Evaluación Normativa se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 3,

que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva memoria, hayan sido evaluadas en el ejercicio anterior. Y dicho informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis. El informe se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado.

Las previsiones del Real Decreto 286/2017 se completaron también con el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Su artículo 2, relativo a la estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo, establece que, entre dicho contenido, se incorporará la 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 50/1997, 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 50/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 3.2 del 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. 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.

IV. EVALUACIÓN *EX POST* EN LAS NORMAS Y EVALUACIÓN *EX POST* EN ACCIÓN: UN LUSTRO DE DECEPCIÓN

La incorporación de la evaluación *ex post* por las Leyes 39 y 40/2015, sin dejar de ser plausible, fue muy escasa por diversas razones: en primer lugar, se limita a establecer un mandato de mera mejora de la legislación inferior, es decir, un llamamiento a la evaluación *ex post* de las normas aprobadas por las Administraciones públicas, que no se puede interpretar que abarque a las normas de superior rango como serían las leyes (García-Escudero Márquez,

2016, p. 448). Obviamente, ello es razonable si atendemos a que la previsión se recoge en una ley cuyo objeto y sujeto son, por un lado, regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria (art. 1) y, por el otro, el sector público, que comprende la Administración General del Estado, la de las comunidades autónomas, la de las entidades que integran la Administración local y el sector público institucional (art. 2). Sin embargo, ello no obsta para que no se hubiera podido incorporar la evaluación *ex post* de una manera más amplia, a través de otra norma general o específica, incluyendo a las Cortes Generales.

En segundo lugar, la regulación contenida en el citado artículo 130 es meramente de mínimos, o, incluso, podemos decir que se limita a establecer unos principios inspiradores de una futura regulación más detallada. Así, el deber que se impone a las Administraciones públicas se diluye inmediatamente desde el momento que no se establece un periodo (la norma se limita señalar, como ya vimos, que «las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente») ni los criterios que han de regir tal evaluación (se señala de manera genérica que las Administraciones públicas deberán comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas).

Pero es que, además, el desarrollo normativo de dichas leyes de 2015, si bien ha supuesto una mayor concretización de nuestro sistema de evaluación *ex post*, tanto en lo que se refiere a los criterios para determinar que una concreta norma deba quedar sujeta a una evaluación *ex post* (vid. artículo 3 del Real Decreto 286/2017), como en lo que se refiere al órgano encargado de tal evaluación, la Junta de Planificación y Evaluación Normativa (artículo 5 del Real Decreto 286/2017), ello no impide afirmar que el modelo es, todavía hoy, muy deficitario, sin que pueda admitirse que en nuestro sistema legal se está llevando a cabo, de manera efectiva, tal evaluación.

Así, el Consejo de Estado en su Dictamen 742/2016, en el que se examinó el Real Decreto 286/2017 en fase de mero proyecto, si bien valoró muy positivamente dicha incorporación de la evaluación *ex post*: «La redacción del artículo 2.1.g), relativa a la evaluación *ex post*, contiene una previsión novedosa frente a la regulación actualmente vigente, que responde a la voluntad de que ciertas normas, que deberán ser identificadas en el Plan Anual Normativo, deban someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación»; consideró que el citado texto no suponía realmente un avance importante en el ámbito de la evaluación *ex post* ni permitía aclarar muchas de las cuestiones que hemos apuntado antes.

El mismo Consejo de Estado volvió a destacar la importancia de la evaluación *ex post* en su Dictamen núm. 678/2020, en el que recordaba que la relevancia de la evaluación *ex post* desde la perspectiva de la buena regulación conlleva la correlativa necesidad de que la autoridad administrativa especifique, de forma motivada, las razones que, en cada caso concreto, considera que procede o que no procede llevarla a cabo, criticando de manera expresa que el hecho de que se recoja en la Memoria de Impacto que la norma dictaminada

no se encuentra entre las susceptibles de evaluación al no darse ninguno de los supuestos legalmente previstos para hacer obligatoria esa evaluación, constituye una mera cláusula de estilo que este Alto Cuerpo Consultivo ha venido observando en la mayoría de las memorias que acompañan los proyectos normativos procedentes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y que no cumple debidamente las exigencias de la Ley del Gobierno y de sus disposiciones de desarrollo⁶.

El Consejo de Estado señaló en su Dictamen núm. 468/2020 que si bien «es cierto que el Real Decreto 286/2017 deja un ámbito de discrecionalidad a la Administración para establecer qué normas se someterán a dicha evaluación», «no es menos cierto que en los casos en los que una norma puede tener efectos importantes en un sector relevante, como es el caso de la norma ahora proyectada, y en la que se trata, además, de una regulación compleja que puede tener efectos

⁶ Puede accederse a dicho Dictamen a través del siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-678>.

dispares para los distintos agentes (...) parece natural el sometimiento a una evaluación *ex post*». Y así, «los criterios que determinan si una norma ha de someterse a la evaluación “*ex post*”, que se enumeran en el artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, deben examinarse cuidadosamente en cada caso, puesto que, dado el enfoque genérico con el que muchos están concebidos, lo normal será que alguno de ellos sea de aplicación a poco que la norma proyectada sea de una cierta importancia».

Concluye el Consejo de Estado en su valoración de la norma objeto de dictamen (Proyecto de Real Decreto por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea, en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades excluidas de su ámbito de aplicación) que

desde esta perspectiva, a juicio del Consejo de Estado, la sumaria explicación que se da en la memoria no resulta satisfactoria para excluir dicha evaluación *ex post*. Por todo ello, se estima que debiera incluirse en la memoria la previsión de que la norma se someterá a una evaluación *ex post*, la descripción del sistema para llevarla a cabo y el órgano o ente al que se encomendará, al que se podría, además, atribuir la capacidad para proponer cambios en las excepciones o flexibilizaciones que permite el derecho de la Unión Europea, siempre que quede suficientemente salvaguardada la seguridad alimentaria.

Por tanto, como ha denunciado el propio Consejo de Estado, dados los términos no muy precisos con los que se expresa el artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, acerca de qué normas deben o no quedar sujetas a la evaluación *ex post*, ello provoca que no sea poco habitual que los diferentes departamentos ministeriales consideren en sus correspondientes Memorias que la norma no debe quedar sujeta a tal evaluación, no fundamentando tal decisión más que en una mera cláusula de estilo.

Pero es que, además, si se accede a los citados informes publicados en el Portal de Transparencia, los del año 2020 y el año 2021 —únicos Informes elaborados y publicados en el citado Portal desde

la aprobación del Real Decreto 286/2017⁷— puede comprobarse que la evaluación que se recoge en los mismos no constituye una evaluación *ex post* en sentido estricto⁸, sino un mero análisis de qué normas estaba previsto aprobar en el plan y cuáles se han aprobado finalmente. No hay el más mínimo análisis de la eficacia, eficiencia, posibles efectos no previstos directamente por la correspondiente norma que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura o los resultados de la aplicación de la norma, en los términos que establece el precitado artículo 3 del Real Decreto. Se trata de una mera constatación del cumplimiento meramente formal de los compromisos regulatorios asumidos en el plan por los diferentes departamentos ministeriales y poco más.

Así pues, los dos informes anuales publicados hasta la fecha en el Portal de Transparencia, el de 2020 y el 2021, permiten concluir que la evaluación *ex post* que se viene haciendo por parte de la Junta de Planificación y Evaluación Normativa es la de mera comprobación de cuáles son las normas previstas en el plan anual que finalmente han sido aprobadas. Nada más. No hay evaluación alguna de la eficacia, eficiencia, sostenibilidad o aplicación de las normas. No hay, por tanto, una verdadera evaluación *ex post*, sino, solamente una mera valoración de los compromisos normativos asumidos por los diferentes Ministerios y su verdadero nivel de cumplimiento efectivo. Ciertamente es que ello supone una mayor racionalización del trabajo normativo de los diferentes departamentos ministeriales, pero en modo alguno que se esté llevando a cabo por los mismos una evaluación *ex post* de la normas que han aprobado o propuesto aprobar, déficit al que se une la reciente tendencia del Gobierno de recurrir, a través de sus

⁷ El Informe de 2020 señala, literalmente, que «Por ello, merece destacarse que esta es la primera vez, desde que entraron en vigor las previsiones normativas que obligan a aprobar un Plan Anual Normativo y un informe de evaluación, que el Gobierno aprueba dicho informe y procede a su publicación en el Portal de Transparencia para conocimiento de los ciudadanos, reafirmando así la intención de dotar de la máxima transparencia y accesibilidad a los resultados de la acción de gobierno, en este caso en el ámbito de la elaboración y aprobación de normas».

⁸ Puede accederse a los Informes de los años 2020 y 2021 a través de los siguientes enlaces: [https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7ee61eb9-977a-4558-b9ee-e3453f1b132a/310821-Informe evaluación Plan Anual Normativo 2020.pdf](https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7ee61eb9-977a-4558-b9ee-e3453f1b132a/310821-Informe%20evaluacion%20Plan%20Anual%20Normativo%202020.pdf) y <https://www.mpr.gob.es/precom/notas/Documents/2022/260422-Informe-Evaluacion-Normativa-2021.pdf>.

grupos parlamentarios, a tramitar algunas propuestas legislativas directamente en sede parlamentaria, mediante el insólito recurso por partidos en el Gobierno a la figura de la proposición de ley.

En definitiva, nuestro sistema de evaluación *ex post*, si bien existe desde mediados de la década pasada y ha sido objeto de un desarrollo reglamentario hace un lustro, ello lo es en estrictos términos formales, sin que pueda afirmarse que en nuestro Estado tal exigencia de la buena regulación esté cumpliéndose, ni siquiera mínimamente. Puede esta conclusión dar una visión negativa de nuestro sistema regulatorio, pero los hechos descritos poco o ningún margen dejan para concluir de otra manera.

Y, además, nuestro modelo de evaluación *ex post* no atiende con especial relevancia a la exigencia de reevaluación que se deriva de la adopción precipitada de normas por las circunstancias concurrentes, como tuvo lugar durante los dos primeros años de la pandemia. Se trata de un sistema evaluatorio más atento a cuestiones económicas que a las que tienen un impacto directo en los derechos y libertades de los ciudadanos.

Y tampoco debemos olvidar que la última expresión paradigmática de la nueva alquimia legislativa, véase, el impulso por parte del Gobierno del procedimiento legislativo, no a través de proyectos de ley, sino de proposiciones, recurriendo al grupo parlamentario que le sostiene, parece hacer, aún, más indispensable una rigurosa evaluación *ex post* de las leyes, en la medida que éstas ya no han sido ni siquiera objeto de la evaluación *ex ante*. El Gobierno promueve ahora nuevas leyes, acudiendo directamente a la sede parlamentaria y sin necesidad de respetar el proceloso procedimiento de tramitación de un proyecto de ley que se recoge en las ya citadas Leyes 39 y 40/2015. Es decir, se elimina por arte de magia parlamentaria la audiencia e información pública, la consulta a determinados órganos, especialmente, el Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial, Consejo Económico y Social, Comité de Bioética de España y otros más, o la evaluación *ex ante* de la norma a través, especialmente, de la memoria de análisis del impacto. Una peligrosa cultura *agile* que se apodera ahora del procedimiento normativo.

Y si bien es cierto que, al recaer, en principio, el deber de evaluar *a posteriori* las leyes solo respecto de las aprobadas a iniciativa

del Poder Ejecutivo (proyectos) y no de los que los son a iniciativa del propio Poder Legislativo (proposiciones), en los términos que parecen pronunciarse las Leyes 39 y 40/2015, sin embargo, dicha interpretación, presuntamente literalmente de la norma, olvida que, desde una interpretación sistemática y teleológica, la evaluación persigue garantizar el principio de seguridad jurídica, principio que no solo puede quedar vulnerado por una insegura norma aprobada a instancia del Ejecutivo y por el Legislador, sino por la que ha iniciado y aprobado éste. Y si bien, la evaluación *ex ante* no opera en cuanto a las iniciativas de los propios grupos parlamentarios, sin perjuicio de las competencias que les corresponde a las comisiones y a la Mesa de las respectivas Cámaras para poder ilustrar a los representantes del pueblo con un conocimiento más experto sobre la materia que es objeto de la ley (comparecencia en Comisión de expertos) y para poder dar efectividad al principio de participación, recabando opiniones e informes en sede parlamentaria, resulta evidente que no existe obstáculo alguno para que la evaluación *ex post* sea ya una exigencia constitucional derivada del artículo 9.3 de la Constitución, en garantía de la seguridad jurídica que debe alcanzar tanto a proyectos como a proposiciones, porque, en cuanto a su eficacia y aplicación no existe diferencia alguna para sus destinatarios principales, los ciudadanos.

E interesa ahora recuperar las palabras pronunciadas no hace mucho por de Astarloa Huarte-Mendicoa, el cual, en su discurso de ingreso como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación bajo el título de «La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador», señala que los principios de buena regulación que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 129 de la Ley 39/2015, y entre los que estaría como instrumento y garantía de varios de ellos, la evaluación *ex post*, son aplicables tanto a las iniciativas del Gobierno como del Parlamento, ya que, interpretar que solo lo son respecto de las primeras, porque una vez asumidos tanto por el Derecho de la Unión Europea como por el nacional, forman ya parte del acervo cultural de lo que debe exigirse a cualquier norma y especialmente a la norma superior que es la ley (Astarloa Huarte-Mendicoa, 2020, p. 259-265).

En definitiva, sometida a evaluación la propia experiencia de la evaluación *ex post* en nuestro ordenamiento jurídico más de

cinco años después de la aprobación y publicación de las Leyes 39 y 40/2015, podemos concluir que la situación no ha cambiado ni un ápice. Como expresa Alonso Quijano, «plega a Dios, Sancho, que así sea, porque del dicho al hecho hay gran trecho».

BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. «La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador», Discurso leído el 23 de noviembre de 2020.
- BERMEJO VERA, J. (2010). «El principio de seguridad jurídica», en SANTA-MARÍA PASTOR, J. A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley.
- CANALS AMETLLER, D. (2019). «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)», *Revista General de Derecho Administrativo*, número 50.
- CORTINA, A. (2021). *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Paidós.
- DOMENECH PASCUAL, G. «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *RAP*, núm. 167, mayo-agosto 2005.
- ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J. (2013). *Ciencia y Derecho. La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2011). *Manual de técnica legislativa*, Civitas-Thomson Reuters.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2015). «Regeneración del Parlamento. Transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, p. 186.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2016). «Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas Leyes Administrativas (Leyes 39 y 40/2015)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38.
- JUAN LOZANO, A. M., «La racionalidad de las leyes: una aproximación a los presupuestos de calidad de las normas y paradigmas para el desarrollo de investigaciones centradas en la creación del Derecho», en PIÑA GARRIDO, L. (Coord.), *La calidad jurídica de la producción normativa en España*, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 30/09.
- MARCOS, F. «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *RAP*, núm. 179, mayo-agosto 2009.
- MERCADO PACHECO, P. (2013). «Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47.
- PARDO FALCÓN, J. (2007). «La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómi-

- co español», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3.
- PONCE SOLÉ, J. «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *RAP*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2005). «La Administración como poder regulador», en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP.
- VAN AEKEN, K. (2011). «From vision to reality: Ex post evaluation of legislation», *Legisprudence*, vol. 5, núm. 1.
- ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E. (2016). «Ex post legislative evaluation in the European Union: questioning the usage of evaluations as instruments for accountability», *International Review of Administrative Science*, vol. 82, núm. 4.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*, 9.^a ed., Trotta.