

POTESTAD LEGISLATIVA Y EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS: HACIA UN MEJOR PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN INTELIGENTE

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN(*)

La evaluación legislativa ex post es como la maternidad y la tarta de manzana en la que todo el mundo parece estar a favor de ella. Sin embargo, a diferencia de la maternidad y el pastel de manzana, hay pocas evidencias sobre ello

Cámara de los Lores del Reino Unido
Committee on the Constitution, 14th Report, 2003-04

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS COMO INSTRUMENTO DE CALIDAD DE LA DEMOCRACIA; 2. MODALIDADES DE EVALUACIÓN Y CONCEPTO DE EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST; 3. FINES Y METODOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA; 4. LA TARDÍA Y DEFICIENTE INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST A NUESTRO SISTEMA JURÍDICO; 5. EVOLUCIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE INSTRUMENTO FUNDAMENTALMENTE DE MEJORA DE LA COMPETITIVIDAD A INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD DE LA NORMA EN GENERAL; 6. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST Y AVANCE CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO; 7. LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA; 8. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST EN DERECHO COMPARADO; 9. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE IDEAS PARA LA INSTAURACIÓN DE UN MODELO DE EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

(*) Profesor propio agregado, Derecho Constitucional, UPComillas.

El desarrollo de la técnica normativa como expresión de la denominada *regulación inteligente* supone promover la mejora de las normas no sólo desde una perspectiva formal, sino también material. En este marco, la evaluación normativa cobra una importancia indiscutible que se expresa tanto en la exigencia de evaluación ex ante como de evaluación ex post. Si bien la primera goza ya de un desarrollo formal y práctico en nuestro Derecho, la segunda ha sido prácticamente desconocida tanto por los poderes públicos como por la doctrina. Sin embargo, existen varios elementos que permiten afirmar que la evaluación ex post de las normas es ya una necesidad de nuestro sistema jurídico, no sólo por razones de calidad, eficacia y eficiencia normativa, sino también como instrumento que puede ayudar a contrarrestar el alto grado de desafección social que muestran nuestras democracias contemporáneas.

1. INTRODUCCIÓN: LA EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS COMO INSTRUMENTO DE CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

La evaluación ex post de las normas se muestra como un tema novedoso en nuestro sistema jurídico que se inserta dentro de las medidas que se han adoptado en los últimos años dentro de la técnica legislativa(1)

(1) Puede definirse la técnica normativa como la ciencia social que trata de la forma de elaboración de las normas jurídicas, especialmente de la ley y de las disposiciones administrativas de carácter general. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “La importancia de la técnica normativa en un Estado democrático de Derecho”, en GARCÍA MEXÍA, P. y RODRÍGUEZ-ARANA,

y que promueven una mejora de la regulación(2) o de la denominada también buena regulación o regulación inteligente, expresiones estas últimas tomadas de la traducción literal de los términos en lengua inglesa que han presidido el movimiento global y europeo (OCDE y UE, fundamentalmente) a favor del desarrollo de un ordenamiento jurídico de calidad, *better regulation* y el más reciente de *smart regulation*(3). Como señala, literalmente, el propio Real Decreto 1083/2009, de 3 de

J. (Dir.), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, CEU Ediciones, Madrid, 2010, p. 17s.

(2) Apunta Parejo Alfonso los problemas que presenta el término regulación en nuestro lenguaje jurídico por su amplio significado, no existiendo un término capaz de designar el hecho con precisión. Sin perjuicio de ello, por regulación podría entenderse una nueva y específica función de carácter público, cuyos perfiles están aún por precisar debidamente y que se sirve de formas de manifestación tradicional del poder público administrativo, en especial en sus funciones informativa, imperativa unilateral y arbitral y que se refiere al campo económico y, más concretamente, a los sectores reservados al sector público en calidad de servicios públicos en sentido estricto para, a resultas de su devolución al campo propio de la actividad empresarial privada, generar justamente los correspondientes mercados. Se insertaría en el fenómeno de la denominada pos privatización (*after privatization*), o lo que podríamos nosotros denominar pos huida del Derecho público. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 113 a 117.

(3) Como nos recuerda Mercado Pacheco, en las últimas décadas se ha despertado un enorme interés por la calidad de la ley en el ámbito internacional hasta convertirse en un objetivo fundamental de la agenda política de numerosos gobiernos y organizaciones internacionales, destacando la OCDE y la UE. En particular, la UE ha hecho una fuerte apuesta por la política de mejora de la regulación y la ha incluido como prioridad en la renovada Agenda de Lisboa (2001), convirtiéndola en un pilar imprescindible para el futuro de la gobernanza europea. Vid. MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 73. Para Caballero Sanz hay dos razones que explican la creciente importancia de la evaluación en la UE y, más concretamente, en la Comisión: En primer lugar, ha habido una evolución del método de trabajo comunitario que se corresponde con el grado de madurez que ha alcanzado el proceso de integración europeo. El Mercado Interior es una realidad consolidada en la actualidad que exige ahora asegurar el funcionamiento eficaz de lo que se ha logrado, lo que requiere prestar atención a la calidad de las normas. En segundo lugar, tal protagonismo de la evaluación coincide con los objetivos actuales de la Unión, entre los que destacan, convertir a la UE en el área económica más competitiva del mundo y para ello se estableció el objetivo de la mejora de la calidad de la legislación comunitaria como instrumento esencial para la mejora de la competitividad. Apunta que diversos estudios estiman que el coste de la carga de las deficiencias en la legislación europea supone entre un dos y un cinco del PIB de la Unión. Vid. CABALLERO SANZ, F., “La evaluación en la Unión

julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, el cual supuso un avance importante en la calidad de las leyes desde la perspectiva de su análisis prospectivo de su implementación, “*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*”. La conexión de este proceso con el Derecho comunitario es evidente. Las raíces de este nuevo sistema tienen inspiración e influencia 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(4). 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(5).

Además, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, debemos 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

Europea”, en PAU I VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 150.

(4) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “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, año 2016, p. 675.

(5) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *RAP*, núm. 179, mayo-agosto 2009, p. 336.

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(6). 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(7), 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(8).

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, habiéndose incluso señalado que el efectivo desarrollo de la rendición de cuentas es uno de los tres objetivos sustantivos de la evaluación ex post en el sector público, junto a aprender cómo mejorar la política existente y generar un conocimiento más general de la lógica de intervención de una política. El vínculo entre evaluación y rendición de cuentas también se deduce, por lo que a la UE se refiere, de los propios documentos de la Comisión. Si bien la Comisión presentó inicialmente las evaluaciones como un instrumento para aumentar la eficacia de las políticas, insistió gradualmente en el potencial que las evaluaciones poseen para aumentar la rendición de cuentas. En la Guía

(6) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *RAP*, núm. 167, mayo-agosto 2005, pp. 102 y 103.

(7) ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J., *Ciencia y Derecho. La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 152.

(8) MERCADO PACHECO, P., “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, año 2013, p. 86.

de Evaluación de la Comisión de 2004, la rendición de cuentas fue el principal objetivo de la evaluación ex post(9). En nuestro marco constitucional, la evaluación derivaría también, como rendición de cuentas, del 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(10).

Como señala GARCÍA-ESCUADERO 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 legisladora, tanto más en una época en que las reformas de las leyes se suceden a ritmo, si no vertiginoso, cuando menos rápido(11).

Incluso, 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(12). Más

(9) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “Ex post legislative evaluation in the European Union: ...”, *cit.*, pp. 677 y 678.

(10) MERCADO PACHECO, P., “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *cit.*, p. 86.

(11) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Regeneración del Parlamento. Transparencia y participación ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, año 2015, p. 186.

(12) VAN AEKEN, K., “From vision to reality: Ex post evaluation of legislation”, *Legisprudence*, vol. 5, núm. 1, año 2011, pp. 45 y 46.

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. 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. Esta vocación de permanencia ofrece un menor 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(13), 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.

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(14). Para tal fin surge, pues, la evaluación ex post de las normas(15), constituyendo ésta, además, un elemento clave de la estrategia de la UE en materia de regulación inteligente(16). Una norma será de calidad cuando sea conforme con los siguientes principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, trans-

(13) ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 38.

(14) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 73.

(15) Domenech Pascual prefiere emplear el término seguimiento pese a que signifique más o menos lo mismo porque considera que da una idea más exacta de la realidad a la que se está aludiendo, ya que la evaluación de una norma no es sino una de las actividades que deben realizarse en orden a mantenerla, modificarla o derogarla, sino además porque es el término utilizado de ordinario en nuestro Derecho positivo. Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, pp. 98 y 99.

(16) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? A meta evaluation of *ex-post* legislative evaluations by the European Commission”, *Journal of European Public Policy*, vol. 23, núm. 9, año 2016, p. 1.

parencia, responsabilidad y eficacia(17), lo que permite afirmar que la evaluación ex post es el procedimiento adecuado para determinar si una vez entrada en vigor la misma y, habiendo comenzado su operatividad, se cumplen tales principios. Pese a la importancia que puede comprobarse que tiene la evaluación ex post, casi todos los trabajos doctrinales sobre la evaluación normativa se han centrado en el estudio de los trámites que los poderes públicos deben realizar antes de establecer la correspondiente regulación, descuidando el de los que deberían llevarse a cabo después(18).

Como puede verse a través de esta introducción, la conexión de la evaluación ex post de las normas con la teoría del Derecho constitucional es evidente, tanto en lo que se refiere a la parte dogmática como a la orgánica del texto constitucional. Y así cuando, a título de ejemplo, el Derecho comunitario concede gran importancia a la evaluación de los efectos de las normas jurídicas se persigue no sólo mejorar la calidad del ordenamiento jurídico comunitario, aquejado gravemente de los males de la volatilidad, la complejidad, la hiperinflación normativa y la incognoscibilidad, sino también compensar –a través de la eficacia– los déficits democráticos que padecen las autoridades europeas, en especial el Consejo y la Comisión, que son precisamente las que ejercen las potestades más relevantes(19). Y lo mismo puede afirmarse desde la perspectiva del Derecho constitucional nacional. Sin embargo, esta importancia indiscutible ha sido habitualmente ignorada por nuestra jurisdicción constitucional, a diferencia de otros Tribunales de Derecho comparado como el Tribunal Constitucional Federal alemán. Nuestro Tribunal Constitucional se ha dicho que ha asumido una versión formal de la técnica legislativa, sin exigir una calidad material a las leyes que son objeto de enjuiciamiento. Así, la Sentencia 136/2011 declara sin ambages que la técnica legislativa no es motivo suficiente para motivar una declaración de inconstitucionalidad. Ni siquiera la aprobación de leyes

(17) 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, p. 204. Vid., también, BALDWIN, R., “Is Better Regulation Smarter Regulation?”, *Public Law*, otoño, 2005, pp. 485 y ss.

(18) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 98.

(19) *Ibidem*, p. 103.

de calidad sería una forma de garantizar el principio de seguridad jurídica. Según declara el Alto Tribunal español, pese a que la Ley de acompañamiento sea una modalidad de ley criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa, en modo alguno lo es desde la perspectiva constitucional y ello pese a su deficiente calidad legislativa (FJ 3). El juicio de constitucionalidad que corresponde hacer al Tribunal no lo es de técnica legislativa (SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4), ni nada tiene que ver con la depuración técnica de las leyes (STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4)]. Nuestro Tribunal suele indicar con cierta reiteración que su control de constitucionalidad nada tiene que ver con su depuración técnica (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4), salvo en el ámbito sancionador y penal, en el que la calidad de la norma debe permitir al individuo acomodar su conducta al tipo (STC 150/1990)(20). El Tribunal se ha autolimitado en el campo de la técnica legislativa y de la calidad de las leyes para respetar la capacidad de configuración que se le reconoce al legislador, dado que el legislador democrático no se limita a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en un marco caracterizado por el pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la propia Constitución (STC 49/2008, FJ 4)(21). Un examen desde la corrección técnica podría alterar el sistema de pesos y contrapesos recíprocos entre el Tribunal Constitucional y el legislador, abriendo un campo de actuación a aquél que podría acabar por restringir indebidamente el ámbito de libre configuración del Parlamento. Sin olvidar, además, que tampoco existe un canon de control de la constitucionalidad desde dicha perspectiva de la calidad en la medida que no lo existe desde una perspectiva material(22).

(20) SANZ PÉREZ, A.L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, junio 2012, pp. 12 y 13.

(21) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 25 y 96 y 97.

(22) GÓMEZ CORONA, E., *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, p. 133.

Esta posición de práctica dejación del control constitucional resulta ciertamente sorprendente sobre todo si se recuerda la directa conexión de la técnica legislativa con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución y de éste con la libertad. Como señala 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(23).

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(24), 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

(23) BERMEJO VERA, J. ., “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 76 y 77.

(24) ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 44.

podemos determinar que cumple cabalmente con la exigencia de eficacia que es una parte sustancial de la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional sí se ha aproximado en ocasiones a dicho control de la calidad de las leyes a través del principio de seguridad jurídica, pero ello ha sido poco frecuente. El propio Tribunal, como nos recuerda GARCÍA-ESCUADERO, ha distinguido una doble vertiente del principio de seguridad jurídica, la primera relativa a la certeza de la norma y la segunda a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, como se recoge en la STC 273/2000 (FJ 9) (25). En la STC 46/1990 (FJ 4) declara que la exigencia del artículo 9.3 de la Constitución implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas, lo que entendemos, no ya siguiendo lo expresado por el Tribunal en su decisión, que no puede cumplirse por el legislador si al menos no evalúa la eficacia y aplicación de las leyes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado e iniciada su vigencia. También, en la STC 150/1990 (FJ 8) se dispone que el principio de seguridad jurídica exige que la norma sea clara y en este orden no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas.

Por su lado, el Tribunal Supremo parece iniciar ya, en el ámbito del control jurisdiccional de la norma reglamentaria, una doctrina por la que la función normativa del Gobierno se sujeta con mayor intensidad a la exigencia de evaluación, en este caso, ex ante y, específicamente, en lo que se refiere a la Memoria de Impacto. Así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (Recurso: 903/2014; Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas) declara que cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria económica que debe acompañar a las disposiciones reglamentarias, sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que

(25) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, op. cit., p. 18.

los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente. Cabe, pues, en palabras del propio Tribunal, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad).

En el caso concreto, el objeto de control era el Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista(26).

A través, en concreto, de la evaluación ex post se promueve 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. Se pretende introducir racionalidad teleológica en el proceso normativo al ser el sistema jurídico un mero medio para conseguir fines(27). Como acertadamente apuntaba

(26) Es interesante mencionar que en el trámite de elaboración de la norma, como destaca el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado llamó la atención sobre la insuficiencia de la Memoria en sendos Dictámenes de 23 de enero y 17 de julio de 2014, afirmando que “*La proyectada reforma, aparte de que generará un esperado y considerable impacto económico, organizativo y asistencial, no evaluado ni trasladado a la memoria económica y presupuestaria (...) incide sobre una materia sensible, de indiscutible importancia que, sin perjuicio de las mejoras y adaptaciones que precise, en principio está correctamente afrontada por nuestro ordenamiento jurídico (...)*”. La misma denuncia habían hecho varias Comunidades Autónomas.

(27) 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

SANTAMARÍA PASTOR hace ya más de una década, debe difundirse la idea de que la eficacia 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(28). 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(29). 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(30).

Como nos recuerda PONCE SOLÉ, las nuevas corrientes intelectuales en Europa, siguiendo la estela de Estados Unidos de América, insisten en la necesidad de incorporar al análisis legal y a la investigación jurídica una mayor preocupación por la actividad administrativa (que complemente la perspectiva tradicional, aunque limitada, de su control judicial) y una preocupación por las aportaciones del Derecho

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, p. 254.

(28) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “La Administración como poder regulador”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005, p. 392.

(29) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, año 2007, Madrid, 2005, p. 88.

(30) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas? ...”, *cit.*, p. 204.

a la buena gestión pública. De ahí que la calidad normativa se vincule a los modernos conceptos de gobernanza y buena administración(31).

La evaluación *ex post*, como veremos a lo largo de nuestro trabajo, completa la exigencia de evaluación *ex ante* de las normas(32), habiendo logrado esta última, si bien, no limitar o reducir el viejo y actualmente imparable fenómeno de la *legislación motorizada* (*motorisierte Gesetzgebung*), ya denunciado por Carl Schmitt hace un siglo(33), sí, al menos, crear un mínimo marco de racionalidad, una evidencia empírica, a la hora de asumir la tarea de elaborar una norma. La norma ya no es aprobada por meras razones de conveniencia política, sino que la misma queda sujeta al escrutinio de la evaluación *a priori* de cuáles son los fines y objetivos que pretenden

(31) *Ibidem*.

(32) El fin de la evaluación *ex ante* es también mejorar la calidad de las normas. A través de la Memoria, se pretende garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, se considera imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias. La implantación de la Memoria en el procedimiento de elaboración de las normas jurídicas responde a una recomendación de la Comisión de la Unión Europea que en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, bajo el título “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”. Así, la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales. En cuanto a su contenido, este aparece descrito en el artículo 2.1 del Real Decreto Real Decreto 1083/2009 incluye, la oportunidad de la propuesta; el contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma; análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias; el impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas; y el impacto por razón de género.

(33) SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Internat. Univ.-Verlag, Tübingen, 1949, p. 20.

lograrse a través de la misma y lo que no es nada desdeñable, su impacto económico(34).

Tradicionalmente, la preocupación por la calidad de las normas se ha centrado en cuestiones de carácter técnico-jurídico: se trataba de asegurar la calidad técnica de la norma desde una perspectiva formal y jurídica. En tal sentido, la técnica normativa busca asegurar la claridad y el rigor en la formulación y redacción de las normas, el respeto a los principios e instituciones jurídicos, y su adecuada imbricación con otras normas relacionadas dentro del ordenamiento jurídico, es decir, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, su corrección estructural. Sin embargo, en los últimos se promueve también velar por la calidad sustantiva de las normas, su corrección funcional. De esta manera, se busca completar la dimensión formal y técnica de la calidad de las normas con un análisis de su contenido material, intentando evaluar su efectividad en el cumplimiento de los objetivos perseguidos, es decir, impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas. Desde la perspectiva de la calidad material, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser, como dijimos, racionales, eficaces, eficientes, no discriminatorias,

(34) Osés Abando distingue tres fases en la evaluación de las leyes: en primer lugar, la fase previa, constituida por aquellas directrices políticas contenidos en el programa del partido o coalición gobernante. Estas líneas políticas deberán tener su concreción en el seno del Ejecutivo mediante su inserción en la programación legislativa del Gobierno, se someterán a las consultas previas con los sectores afectados (o, al menos, así debería hacerse), análisis de legalidad y factibilidad, etc. Y de todo ello derivaría un proyecto de ley para presentar en el Parlamento; la segunda fase, o fase constitutiva, se residencia en sede parlamentaria una vez presentado el proyecto de ley (o, mucho más esporádicamente, la proposición de ley por un grupo parlamentario), se activan, si las hay, las directrices parlamentarias de técnica legislativa, los informes que se recaben bien de los servicios de la Cámara o externos, para que en la fase de enmiendas se concreten las mejoras. El producto de esta fase no puede ser otro que la ley, como tal; finalmente, debatido y votado el proyecto y, consecuentemente, entrada en vigor la ley, estamos ya en la fase operativa, que es precisamente donde se imbrica la evaluación legislativa. A partir de aquí es donde se deberá confrontar con lo realmente existente los intenciones que en su momento movieron a regular una materia. Vid. OSÉS ABANDO, J., "Evaluación legislativa y Parlamento", *Revista Debate*, año VI, núm. 15, diciembre 2008, pp. 59 y 60.

proporcionadas, y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo(35).

Se clama ya, por tanto, contra el progresivo y creciente deterioro de la calidad sustantiva de las normas, parcialmente causado por la acumulación y entrecruzamiento de los mandatos normativos(36). Parece haber un claro consenso en el sentido de que la calidad normativa se refiere tanto a los procedimientos de elaboración (con singular importancia del elemento de la participación ciudadana real y efectiva) como a los resultados alcanzados, en la realidad, por las normas aprobadas(37).

En este cambio de paradigma, en que a la calidad técnico-formal se añade la material, se insertan la evaluación *ex ante* y *ex post*, siendo ésta última el nuevo escalón que habría que alcanzar en la mejora del ordenamiento. Se exige no sólo adoptar medidas de mejora en la fase de elaboración de la norma, sino también en la fase de aplicación y desarrollo de la misma. La mejora de la normativa busca acrecentar la calidad de la normativa a dictar en el futuro y de la ya existente, lo que puede o no dar lugar a la eliminación de normas jurídicas. Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarlas es requisito imprescindible evaluar, es decir, medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real(38).

En las primeras fases de desarrollo de las políticas de *better regulation*, las autoridades públicas se centraron en la fase preparatoria del proceso legislativo. Este enfoque, aunque importante, resultó ineficaz. Con el fin de garantizar un enfoque más global, se amplió el enfoque de tales políticas para comprender todo hacia el proceso legislativo completo: concepción, redacción, implementación, evaluación y

(35) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 208.

(36) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 335.

(37) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 204.

(38) *Ibidem*.

revisión. En este marco, el enfoque en la evaluación de las prácticas legislativas se ha desplazado hacia la evaluación ex post(39).

Se trata de dos figuras que se insertan dentro de la denominada técnica legislativa que, como nos recuerda GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, constituye una preocupación relativamente moderna, aún cuando cuenta con precedentes históricos que se remontan muchos siglos atrás(40). Y así, aunque se trate de una figura que acaba de tomar protagonismo dentro de la llamada técnica legislativa o normativa, no constituye algo curiosamente muy novedoso en nuestro sistema jurídico, si nos atenemos al propio Código Civil, cuya Disposición Adicional Primera preveía, hace casi un siglo y medio, 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.

Tampoco en el Derecho comparado el fenómeno del que estamos hablando parece que sea una novedad que nos trae este siglo XXI. Así, RANCHORDÁS en su monografía sobre dos de los ejemplos específicos más consolidados en la actualidad de la evaluación ex post nos recuerda que ya en un trabajo de finales de siglo XIX se mencionaba la utilidad de la experimentación en materia de legislación. Así, Jevons

(39) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 5.

(40) Entre tales precedentes históricos, García-Escudero Márquez destaca tanto la obra de Montesquieu, sobre todo, el libro XXIX, incluido en *Del espíritu de la Ley*, que lleva por título, y el que se describe una lista de cosas a observar en la elaboración de la ley, y la de Jeremy Bentham, en su *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Vid. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., pp. 26 y 27.

señalaba en 1888 que el método experimental que había triunfado en ciencia debía trasladarse al Derecho, de manera que el legislador debería emprender pequeños pasos en la promulgación de cualquier nueva ley, y, así, someterla a la prueba de la realidad, adaptarla a las especificidades locales y evaluar sus efectos tanto empíricamente como estadísticamente(41).

La evaluación ex ante o prospectiva trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos (positivos o negativos) que se seguirán de su aprobación y los costes que acarreará su ejecución y cumplimiento, mientras que la evaluación ex post o retrospectiva valora la eficacia material efectivamente desplegada por una disposición vigente durante un periodo de tiempo, lo que permite mejorarla (corregir las desviaciones observadas respecto de los fines perseguidos y los medios previstos, integrar sus lagunas, aclarar los aspectos cuya interpretación y aplicación ha planteado más dificultades, codificarla o refundirla con otras conexas, etc.) y derogar las normas obsoletas o en desuso(42).

También es cierto que la evaluación legislativa ex post plantea nuevos dilemas y problemas, no tanto en lo que se refiere a qué modelo y metodología deben desarrollarse que, sobre lo que veremos que hay diferentes propuestas en Derecho comparado y en la doctrina, sino en lo que se refiere a los riesgos que puede generar su sistematización. Así, se ha apuntado que a través de ella se introduce el riesgo de socavar los compromisos legislativos previamente alcanzados y pueden reabrirse complejos debates políticos superados en la fase de elaboración de la norma(43).

En nuestro trabajo, vamos a analizar dicha figura, cuál es su reciente regulación en nuestro sistema jurídico y también analizar algunos modelos de Derecho comparado que también han desarrollado inicia-

(41) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation. Blessing or curse for innovation*, Koninklijke Wöhrmann B.V., Tilburg, 2014, p. 23.

(42) VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 186, septiembre-diciembre 2011, p. 108.

(43) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

tivas en este ámbito para, a través del estudio comparativo, proponer algunas ideas que puedan enriquecer y mejorar nuestro ordenamiento jurídico a través de la evaluación ex post. Anticipamos ya que, como iremos viendo a lo largo del trabajo, si bien la incorporación de la nueva figura supone un importante avance en una mejora de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, del principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, ello no es óbice para afirmar que la actual regulación es extremadamente insuficiente, no sólo porque parece abarcar un campo muy limitado como es el de las normas de menor rango, es decir, fundamentalmente, las que aprueba el Gobierno a través de su potestad reglamentaria, sino porque, además, tal regulación se expresa en términos muy generales, quedando, como ocurre frecuentemente en nuestro sistema jurídico, su efectiva aplicación a un futuro desarrollo reglamentario que por ahora no se ha producido.

2. MODALIDADES DE EVALUACIÓN Y CONCEPTO DE EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST

Dentro de la evaluación ex post de las normas jurídicas pueden distinguirse dos modalidades en función del sujeto y de los fines y efectos de la evaluación:

Una primera modalidad de evaluación sería la evaluación legislativa, por la que se verifica, una vez entrada en vigor la norma, cuáles son sus efectos en la aplicación práctica desde una perspectiva técnica o política, entendidos estos conceptos en un sentido amplio, tanto en relación a la oportunidad como a la eficacia y eficiencia de la norma, pero, en todo caso, al margen de una evaluación estrictamente jurídica de respeto a los principios de jerarquía normativa y competencia.

La evaluación legislativa en el sentido de evaluación de eficacia es, pues, aquella que vendría a ocuparse de valorar la eficacia material de las normas aprobadas. Se trataría, en este mismo sentido, de la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de

una ley, mediante un conjunto de técnicas que permiten un análisis sistemático(44).

Una segunda evaluación es la evaluación judicial por la que se verifica la conformidad de la norma a otra de rango jerárquico superior, véase Constitución respecto de las leyes o Ley respecto de los reglamentos, y al principio de competencia. Dicha modalidad recae en los Tribunales de Justicia y en las Cortes Constitucionales. Esta modalidad de evaluación, mucho más conocida y desarrollada en nuestra tradición jurídica, consiste, básicamente, en examinar la ley para ver si es clara, precisa y congruente con la jerarquía de normas y con los principios de la Constitución. Nuestro análisis va a referirse a la primera modalidad y no a esta segunda.

Por evaluación legislativa se entiende la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de una Ley o de una política pública, mediante un conjunto de técnicas que permiten su análisis sistemático(45), siendo la evaluación *ex post* el procedimiento institucionalizado por el que se valora la eficacia de una norma jurídica una vez la misma ha sido aprobada y ha entrado en vigor. Se trataría de determinar si una norma jurídica es eficaz para el cumplimiento de los fines que se había propuesto a través de un cauce formal.

La evaluación legislativa ha sido definida también como el procedimiento técnico o científico que estudia los efectos de la ley para establecer relaciones de causalidad útiles para el legislador o como un proceso de aprendizaje continuo en el que la evaluación de los efectos de la norma permite asegurar la capacidad del legislador de dar respuesta a la realidad social(46).

A través de dicha evaluación 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

(44) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, *op. cit.*, pp.184 y 185.

(45) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, *op. cit.*, p. 73.

(46) MADER L., *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausana, 1985.

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.

DOMENECH PASCUAL distingue entre seguimiento e inspección, dado que sus respectivas finalidades difieren y las consecuencias jurídicas de su defectuosa realización pueden ser bien distintas. Mientras que la inspección trata de comprobar y asegurar el cumplimiento efectivo de una normativa cuya corrección no se discute, el seguimiento, en cambio, persigue principalmente averiguar si la regulación establecida es acertada o no al objeto de mantenerla, modificarla o derogarla. Sin perjuicio de que también reconoce que existe una estrecha relación entre las dos actividades, ya que los resultados de las inspecciones, encaminadas a averiguar si una norma jurídica es observada por autoridades y ciudadanos, son aprovechables para evaluar su acierto y la conveniencia de mantenerla o modificarla, pues la bondad de cualquier norma depende en gran medida de su eficacia. Con todo, insiste en que subsisten notables diferencias prácticas que hacen útil la distinción conceptual(47).

El concepto vendría configurado por tres notas fundamentales:

En primer lugar, el objeto sobre el que habría de recaer la evaluación, normas jurídicas, ya sean aprobadas por el Poder Legislativo como por el Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de la evaluación *stricto sensu* de la políticas públicas, salvo que la evaluación de éstas vaya directamente vinculada o inserta en la de la norma jurídica que las da fundamento o las promueve.

En segundo lugar, el elemento temporal que determina que dicha evaluación ha de efectuarse a posteriori, es decir, una vez que la norma ha entrado en vigor. Esta característica permite distinguirla de la evaluación *ex ante* que ya viene practicándose de manera generalizada

(47) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 100.

en nuestro sistema jurídico a través de la Memoria de Análisis de Impacto.

Por último, la idea de sistema institucionalizado, pudiéndose entender por tal el proceso técnico-político por el que se legitima un marco normativo adecuado para el desarrollo de la función de evaluación, creándose espacios y estructuras a las que encargar dicha función. El trabajo de evaluación debe ser continuado, al igual que lo es la labor legislativa. No se trata de un mero brindis al sol por el que se instituye un deber de evaluación sin sujeción a plazo ni a procedimiento alguno. El sistema para considerarse institucionalizado debe estar integrado por tres elementos básicos: subjetivo (órgano o institución encargada de la evaluación), objetivo (procedimiento través del que se llevará a cabo la misma) y temporal (periodo general y, en su caso, específico en el que debe cumplirse con tal deber).

La institucionalización puede hacerse, por lo que al elemento subjetivo se refiere, bien creando un órgano de evaluación *ad hoc*, en el que habrá de primar el criterio técnico y su especialización y que va a encargarse de la fiscalización de las normas jurídicas, bajo el mandato del poder legislativo o ejecutivo; o bien atribuyendo dicha función a un órgano del legislativo o del ejecutivo. En esta segunda modalidad, puede tratarse tanto de una estructura centralizada (una Comisión Parlamentaria o un Ministerio específico) como descentralizada (cada Ministerio o cada Comisión Parlamentaria evalúan unas normas jurídicas, según la materia o según haya participado en su iniciativa o tramitación parlamentaria).

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ aboga por hacer residir dicha función en el poder ejecutivo y no sólo porque de facto sea este último el verdadero director de la política legislativa sino, además, porque ello tiene cierta lógica, dado que al Gobierno y a la Administración Pública les corresponde la ejecución de las leyes y es por tanto quien puede verificar más fácilmente los problemas que plantea su cumplimiento o si resultan eficaces para los fines que perseguían(48).

(48) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 73.

Sin embargo, atribuir tal función al Gobierno y Administración Pública no creemos que haya de suponer que las normas de mayor rango, las leyes, queden necesariamente fuera del deber de evaluación ex post. Ello resulta poco congruente con el impacto que en la realidad produce la Ley que, aunque sea cuantitativamente muy inferior a las normas reglamentarias, sí tienen un mayor impacto cualitativo.

Atendida la primera nota característica, quedaría fuera el concepto la evaluación de políticas públicas, la cual, si bien se desarrolla habitualmente también ex post, tiene un objeto diferente, ya que no recae, estrictamente, sobre normas jurídicas, sino sobre políticas públicas. La evaluación legislativa sólo afectaría a aquellas políticas públicas plasmadas o en todo caso con base en una norma de rango legal. Además, mientras la evaluación de políticas públicas recaería principalmente sobre la labor del Ejecutivo, la evaluación legislativa recaería tanto sobre la del Legislativo como del Ejecutivo, aunque en este último caso en relación a las normas dictadas en ejecución de las leyes. En la evaluación de las políticas públicas en sentido estricto, el objeto no es tanto la calidad sino la eficacia y eficiencia. No ha de valorarse, como mero ejemplo, cómo son entendidas por los ciudadanos. No hay texto normativo a aplicar o cumplir, sino actuación.

No obstante, siendo cierto que el objeto es diferente, no debemos olvidar que las políticas públicas son la expresión de la puesta en funcionamiento o ejecución de las previsiones recogidas en una norma, de manera que, a través de la evaluación de políticas públicas puede satisfacerse, al menos, indirectamente, la evaluación legislativa. La política se refleja en normas y por eso la evaluación legislativa y la de las políticas están íntimamente relacionadas. Una de las formas de determinar si hay una adecuada gestión de las políticas públicas es evaluar el cumplimiento eficaz de las leyes y evaluarlo pues no puede dudarse de que la aprobación de las leyes es uno de los instrumentos que utiliza el poder para conseguir sus objetivos políticos(49). Por ello, como veremos, en algunos modelos de Derecho comparado se han desarrollado procedimientos institucionalizados de evaluación tanto de normas como de políticas públicas. Señala SAINZ MORENO

(49) SANZ PÉREZ, A.L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, *cit.*, p. 32.

que el análisis de las políticas públicas y el de las políticas legislativas son inseparables, ya que se condicionan mutuamente. Resulta artificial tratarlos por separado, con independencia de que sea posible examinar los elementos que determinan la formación de las políticas públicas y los que concurren en la calidad técnico-formal de las normas(50). La evaluación, para resultar eficaz, debe operar sobre el conjunto de instrumentos normativos y operativos asignados para la ejecución de la una decisión parlamentaria, es decir, no debe aislarse la evaluación de una ley, sino incluir en el examen también la normativa de desarrollo reglamentario y las asignaciones presupuestarias(51).

Atendida la segunda nota, evaluación a posteriori, quedarían fuera de este concepto aquellas evaluaciones de la norma previas a su tramitación parlamentaria o gubernativa o previas a su aprobación o entrada en vigor. La evaluación legislativa se situaría en la fase aplicativa de la norma, es decir, se trataría de una evaluación exclusivamente ex post.

Tal característica tampoco ha de suponer que la evaluación ex post no guarde relación alguna con la evaluación ex ante. Antes al contrario, se trata de evaluaciones que recaen sobre el mismo objeto, una norma jurídica, aunque se diferencian por el momento en el que se produce la actividad evaluadora y también por el grado de evidencia que puede alcanzarse (obviamente, menor en la que es prospectiva). Además, ambas pueden considerarse complementarias, ya que la evaluación ex post no sólo es un instrumento de evaluación de la propia norma jurídica, sino también de los propios procedimientos y mecanismos de evaluación ex ante. La evaluación ex post permite valorar si las previsiones resultantes de la evaluación ex ante acerca de la eficacia, eficiencia, proporcionalidad y, en general, nivel de aceptación e implementación de una norma jurídica, se han cumplido o no. Así pues, entre ambas evaluaciones temporalmente diferentes debe existir una relación directa. Se trata de dos estadios o etapas de la evaluación que aspiran a fines prácticamente idénticos, aunque pueden variar en sus metodologías de evaluación, precisamente por el momento en

(50) SAINZ MORENO, F., “Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 21.

(51) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 75.

que se producen y por el hecho de que una es prospectiva y la otra retrospectiva. Como señala acertadamente GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, se trata de procedimientos complementarios, ya que los programas de mejora de la calidad de la legislación, para ser eficaces, deben completar la evaluación del ciclo legislativo completo(52). O como apunta PONCE SOLÉ, ambos tipos de evaluación no sólo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica puede evaluarse qué impacto tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla. Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su aplicación verdadera, su grado de aceptación social, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas, si su aplicación da lugar a frecuentes controversias, etc(53).

Por último, tampoco entrarían dentro del concepto aquellas evaluaciones que se realicen al margen de procedimientos previamente institucionalizados y de los propios poderes públicos, tales como puedan ser iniciativas singulares de evaluación legislativa por parte de grupos científicos, académicos o instituciones afectadas por la norma en concreto. La labor que prestan todas ellas no deja de ser importante y pueden tener un gran valor para lo que constituye los fines de la evaluación legislativa. Sin embargo, no suponen mecanismos permanentes de evaluación y su puesta en funcionamiento depende, en muchas ocasiones, de voluntades ajenas a las de los poderes públicos.

La doctrina española ha recogido entre las técnicas de evaluación ex post más utilizadas las siguientes(54):

a) Informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados ad hoc, en sede parlamentaria o no.

(52) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa, op. cit.*, p. 74. Vid., también, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas Leyes Administrativas (Leyes 39 y 40/2015)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, año 2016, p. 449.

(53) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 209.

(54) *Ibidem*, pp. 210 y 211. Vid., también, DOMENECH, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, pp. 97 y ss.

b) Uso de análisis realizados por diversos organismos públicos en desarrollo de sus tareas (por ejemplo, Defensor del Pueblo o similares, al recibir las quejas ciudadanas, Tribunal de Cuentas o similares, etc.).

c) Utilización de la denominada *sunset legislation* muy habitual en los Estados Unidos de América, esto es, la sumisión de la eficacia de una norma a una evaluación que se realiza tras un período de vigencia, evaluación que puede determinar, si no es superada, la finalización de ésta. Se trata de una evaluación que condiciona la vigencia de la norma.

Junto a las tres notas características, se han apuntado también otras dos más(55), aunque no creemos que tan determinantes o, al menos, relevantes como las anteriores: en primer lugar, la evaluación debe ser sistemática, lo que hace referencia al estudio integral de una ley o del conjunto normativo que desarrolla una política pública, mediante una encuesta de efectos empíricos que debe ser ineludiblemente presidida por la extracción de unas consecuencias. Por último, la evaluación deber ser también multidisciplinar, debiendo colaborar diversas ramas del conocimiento, interviniendo no sólo las ciencias jurídicas, sino también, entre otras, la economía y la sociología(56). No se trata de evaluar sólo el acierto jurídico de la ley o reglamento, sino también la relación coste-beneficio o el nivel de aceptación y cumplimiento por los operadores jurídicos pero también por la comunidad en general.

3. FINES Y METODOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA

La evaluación legislativa tendría como fin principal lograr una legislación racional, de mayor calidad en definitiva. De este modo, la evaluación legislativa conecta con el principio de calidad tan en boga en las últimas décadas tanto en el sector privado como en el público. Si el destinatario de la norma es, con carácter general, el ciudadano, a través de una mejor y más racional legislación, se le estará dando un “servicio” de mayor calidad, eliminando o corrigiendo las normas

(55) OSÉS ABANDO, J., “Evaluación legislativa y Parlamento”, *cit.*, pp. 60 y 61.

(56) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ...*, *op. cit.*, p. 185.

que no satisfagan dicho patrón. Permite, de este modo, realizar contribuciones importantes para redefinir nuevas intervenciones y para mejorar la calidad de futuras decisiones. Y aunque el principio de seguridad jurídica se concibe fundamentalmente en beneficio de los ciudadanos, como destinatarios de las normas, obligados al cumplimiento de las normas jurídicas, también los distintos poderes públicos se benefician de la corrección técnica y formal de las normas(57). Una norma de calidad ofrece a la Administración un ejercicio de sus funciones más seguro jurídicamente, lo que en los complicados tiempos que estamos viviendo no es algo que tenga poco valor para el agente público.

Se ha señalado que el objetivo principal de la evaluación ex-post es: por un lado, ayudar a los responsables políticos y responsables de la aplicación de las disposiciones legales, para medir si un marco jurídico es efectivamente aplicado por sus usuarios finales; y, por otro, evaluar si la legislación cumple sus metas y objetivos iniciales(58).

En todo caso, los fines de esta evaluación pueden ser también otros y muy variados. Así, por ejemplo, mejorar la transparencia al abrir nuevas posibilidades de participación para las partes interesadas y afectadas por las normas al desarrollarse al amparo de la evaluación un trámite de consulta, trámite que se formaliza cuando la norma ya está aplicándose.

Igualmente, incide en la rendición de cuentas en el ámbito del proceso normativo, al poderse conocer no sólo los efectos esperados de la norma según los correspondientes compromisos políticos, sino también sus efectos reales, es decir, determinar si el objetivo para el que fue aprobada la norma y los logros que mediante su aprobación pretendían obtenerse se han alcanzado. Los ciudadanos podrían co-

(57) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 338. Vid., también, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “La Administración como poder regulador”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, *op. cit.*, p. 389.

(58) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 7.

nocer a través de un instrumento formal y técnico los resultados de las propuestas políticas convertidas en normas por sus representantes.

Como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”*. La misma Exposición de Motivos conecta la exigencia de transparencia tanto con la necesidad de regeneración democrática como con el crecimiento económico: *“Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico”*.

La evaluación permitiría, igualmente, depurar el ordenamiento jurídico y, por tanto, eliminar aquellas normas que han quedado obsoletas al amparo de un cambio de las circunstancias o contextos en los que se aprobó. Esta depuración no sólo tendría efectos relevantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica, al eliminar del ordenamiento las normas cuya validez sea ya discutible al amparo de reformas posteriores, pudiéndose aclarar las expectativas de los destinatarios de la norma, sino también desde la perspectiva de la simplificación del ordenamiento. En estos tiempos en los que la producción normativa es, en muchas ocasiones, excesiva, la depuración será ya un elemento indispensable para evitar un crecimiento ilimitado y carente de justificación del sistema jurídico.

Además, tal evaluación no sólo cumpliría una función de mejora del ordenamiento en el sentido de eliminar o corregir aquellas normas que no vienen produciendo los efectos esperados al ser aprobadas, sino que también podría tener una función de educación para los legisladores al poder constatar a través de los resultados de la evaluación cuál son los resultados reales de sus decisiones. Así, se podría garantizar a través de la evaluación la sensibilidad del legislador hacia la realidad social y la adecuación social de la acción legislativa.

Otro de los fines más concretos podría ser el de permitir la evaluación de la eficacia y acierto de la evaluación ex ante y, más específicamente, de las memorias de impacto normativo, de manera que posibilitara conocer si las previsiones recogidas en dichas memorias que acompañan a todo proyecto se cumplen una vez que la norma entra en vigor. La evaluación ex post puede proporcionar datos y corroborar hipótesis que pueden usarse en nuevas evaluaciones ex ante. Así pues, puede verse como existe una relación directa entre evaluación legislativa ex ante y ex post, de manera que la primera permita fijar los términos a evaluar en la segunda (el cumplimiento, por ejemplo, de las previsiones recogidas en la Memoria de Impacto), mientras que la segunda permite mejorar los sistema de evaluación del impacto prospectivo.

Se ha señalado que los mecanismos de evaluación *ex post* persiguen, en resumen, determinar la efectividad de las normas aprobadas, su adecuación a los fines a los que se dirigen, y las dificultades de su ejecución(59). Sin perjuicio de tales fines, no debe olvidarse que la evaluación, con independencia de su objeto, puede plantear problemas desde la perspectiva de la legitimación(60). La ley es expresión de la voluntad soberana y por tanto son los representantes de dicha voluntad los únicos llamados a determinar su contenido. La ley requiere de la legitimidad democrática que proviene del consenso alcanzado por los representantes populares en el parlamento y que refleja la voluntad de la mayoría ciudadana. No es posible, pues, trasladar dicha función,

(59) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 679.

(60) BRONFMAN, A., “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 42.

total o parcialmente, a quien carece de un título representativo, sin perjuicio de que puedan colaborar en la consecución de los fines.

Por ello, la evaluación nunca será capaz de reemplazar las decisiones políticas. Se trata de una herramienta para la toma de decisiones que no puede ni debe usurpar el papel de la política. Puede, sin embargo, contribuir de manera significativa a la mayor veracidad de las declaraciones relativas a las causas y efectos de la acción legislativa o, en otras palabras, permite una información o conocimiento más exacto acerca de la relación entre las decisiones del legislador y las actitudes, conductas o situaciones que pueden ser observadas en la realidad social. No se pretende, a través de la misma, sustituir la decisión política, sino comprobar si existe congruencia entre dicha decisión y la realidad social.

La evaluación legislativa *ex post* debe desarrollarse de acuerdo con una metodología y fines previamente preestablecidos y multidisciplinarios que no olviden tampoco el juego y compromisos políticos en la elaboración de la norma. No se tratará tanto de evaluar el cumplimiento de los previos compromisos políticos asumidos a través de la norma jurídica, sino de evaluar si la misma responde a una serie de principios, entre los que destaca la eficacia, eficiencia y proporcionalidad, pero, sin olvidar, el marco político en el que la norma fue aprobada. La evaluación legislativa *ex post* no suple el marco de decisión política, sino que lo complementa, pudiendo reforzarlo o afianzarlo.

En todo caso, se ha apuntado que la evaluación *ex post* presenta menos problemas desde la perspectiva de su legitimidad y del nivel de afectación de la decisión política que la evaluación *ex ante*. El riesgo de interferencia sobre el proceso de decisión política es inferior en aquella⁽⁶¹⁾, aunque tampoco cabe razonablemente descartarlo.

A la vista de tal cuestión, tanto la opción de conformar un procedimiento de evaluación en el que prime lo político (véase, Comisión

(61) BRONFMAN, A., “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, *op. cit.*, p. 45.

Parlamentaria o Ministerio) o el nivel de especialización o preparación técnica (órgano evaluador *ad hoc*) presentan ventajas y desventajas. Por ello, con independencia de la fórmula que se escoja, lo relevante es que los fines de la evaluación sean claros y precisos.

Por lo que se refiere a la metodología, sea señalado que la evaluación ex post debe basarse en un análisis tanto cuantitativo como cualitativo. Para medir plenamente los efectos de una ley, los evaluadores ex-post deberían basarse en estadísticas, encuestas, informes de expertos, estudios, etc. Las estadísticas son una fuente importante de análisis cuantitativo para las instituciones públicas, ya que ayudan a medir cómo se lleva a cabo la implementación. Las encuestas pueden ser una herramienta eficaz para una evaluación cualitativa del impacto social de una reforma legislativa: mediante la realización de encuestas, el evaluador podrá identificar las creencias comunes de los usuarios finales de la ley. La evaluación ex post también puede realizarse a través de informes de expertos y estudios de investigación, que combinan tanto el enfoque cuantitativo como el cualitativo. Sin embargo, para que sea rentable, tal metodología debe utilizarse principalmente para evaluar reformas jurídicas a gran escala, como las que pueden tener un impacto a gran escala en cuestiones socioeconómicas o ambientales(62).

La previsión de un deber de revisión periódico de la legislación puede, a su vez, expresarse de diferentes maneras, bien como una cláusula general que someta toda la legislación a un proceso de revisión tras el transcurso de un periodo de tiempo específico (dos, cinco o diez años, por ejemplo), o mediante una cláusula general que identifique determinadas materias o ámbitos de regulación que sí deberán quedar sujetos a dicha revisión periódica preceptiva; o bien mediante una cláusula específica en la propia norma. También, como veremos en nuestro análisis de algunos modelos comparados, existen algunos sistemas jurídicos en los que la propia norma incorpora una cláusula condicional de derogación salvo que la misma quede sujeta a un proceso de revisión, como son las *sunset clauses* en Estados Unidos de América que podrían denominarse cláusulas de extinción o

(62) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 8.

derogación. Éstas han sido definidas como aquellas que determinan la expiración de una ley o regulación dentro de un período previamente determinado, salvo que la misma se sujete a un procedimiento de evaluación. De ello se deduce una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que, contrariamente a la legislación permanente, quien pretenda que una norma con cláusula de extinción prorrogue su vigencia debe demostrar que ello es necesario o conveniente. La caducidad crea una “amenaza de extinción” de las leyes al transferir la carga de la prueba de aquellos que terminan un programa de políticas a aquellos que lo renovarían(63). Este ejemplo de revisión específica permite ajustar una regulación a las circunstancias sociales o tecnológicas cambiantes y provocar la derogación automática de las regulaciones innecesarias o con efectos perjudiciales(64).

Las notas características que singularizan a esta modalidad de evaluación ex post serían tres: en primer lugar, debe existir una razón específica para someter una ley a un límite de tiempo ya que las cláusulas de caducidad no suelen ser la primera elección de los legisladores; en segundo lugar, su carácter temporal que determina la caducidad de una ley en una fecha determinada, a menos que existan razones sustanciales para creer que la primera debe prorrogarse por un período determinado; y, en tercer lugar, una evaluación, lo que significa que los efectos de la disposición de extinción deben evaluarse para verificar si el objetivo para el cual se promulgó se ha logrado. Según el informe de evaluación, debe decidirse si la disposición se agota o se renueva basándose en sus conclusiones(65). La caducidad requiere, pues, una revisión periódica y evaluación de la eficacia y eficiencia de las normas. Idealmente, fomenta actividades de evaluación y aprendizaje de políticas(66). Como puede comprobarse, la conexión entre evaluación ex post y cláusulas de extinción o derogatorias es evidente, habiéndose apuntado que la exigencia de evaluación no tiene que estar ni siquiera recogida explícitamente en la correspondiente disposición o cláusula, sino que debe entenderse como un elemento

(63) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation. Empirical Evidence from Four Countries”, *Bertelsmann Stiftung*, junio 2010, p. 3.

(64) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 23.

(65) *Ibidem*, p. 70.

(66) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 3.

inherente de este instrumento legislativo(67). Incluso, se ha apuntado que la caducidad de la ley no es el verdadero propósito de la cláusula de extinción, sino que éste reside verdaderamente en la exigencia de evaluación de la ley. La eliminación completa de una ley es más la excepción que la regla(68) y no es, en todo caso, su fin.

Pueden incluirse igualmente dentro de la evaluación ex post las denominadas leyes experimentales que se adoptan por un período de tiempo limitado que permite probar cómo ha funcionado la solución normativa dada a un problema particular, es decir, son normas que nacen no con una vocación de temporalidad, sino con la imponer una evaluación dentro de un periodo de tiempo de las consecuencias provocadas por las mismas. Se trata de un verdadero proceso de aprendizaje a través de la vigencia de la Ley. Esta modalidad de norma ha sido definida como aquellas que están diseñadas para probar nuevos enfoques legales o para regular nuevos productos o servicios con el fin de recopilar más información sobre ellos(69). Las normas experimentales se someten a una evaluación periódica o final. Una vez evaluadas, si sus resultados son positivos puede adaptarse de acuerdo con los resultados observados y transformarse en una norma con vocación de permanencia(70). A veces, la legislación experimental se aplica sólo a unos pocos municipios o regiones seleccionadas, tras lo cual se puede probar el impacto de la legislación, incluyendo sus beneficios/costos y viabilidad a largo plazo(71). Un ejemplo paradigmático de dicha legislación experimental la encontramos en la Constitución francesa cuyo artículo 72.4 dispone, literalmente, que

(67) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 71.

(68) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 5.

(69) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 22.

(70) *Ibidem*, p. 23.

(71) El concepto de leyes experimentales que se emplea en el ámbito de la organización territorial del Estado conecta en cierto modo con el de laboratorios de democracia que aparece citado por el Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, Louis Brandeis, en su voto particular en el caso *New State Ice Co. V. Liebmann*, 1932, cuando manifestó que “*To stay experimentation in things social and economic is a grave responsibility. Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country. This Court has the power to prevent an experiment*”.

“En las condiciones previstas por la Ley Orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias” (72).

Desde un punto de vista jurídico tradicional, la idea de leyes temporales parece ser una contradicción en sí misma, ya que la legislación está destinada a durar, asumiendo habitualmente las características de estabilidad y previsibilidad como exigencias del principio de seguridad jurídica. Incluso, suponen en cierto modo una paradoja dentro de las nuevas políticas del *Better* y *Smart Regulation*, ya que si el objetivo de éstas es, como ya hemos apuntado antes y vamos a desarrollar de inmediato, dotar de estabilidad al mercado económico como instrumento de competitividad, no parece que la inestabilidad natural de aquellas cohoneste bien con ésta exigencia del mundo actual.

Se ha apuntado, siguiendo a Max Weber, que las cláusulas de extinción pueden parecer contrarias a una estrategia de inversión sólida, ya que la seguridad jurídica es fundamental para el capitalismo, pues sin seguridad jurídica se reducirá la inversión de capital. El propio Informe Mandelkern de la UE, al que después nos referiremos subrayó que una de las desventajas de las cláusulas de extinción residía en este

(72) Como nos recuerda Zoco Zabala, la experimentación es una técnica privilegiada propugnada desde los poderes públicos que se basa en la idea de que es necesario experimentar un dispositivo normativo antes de adoptarlo definitivamente, con el fin de evaluar todas sus consecuencias: si la evaluación es positiva, entonces la experiencia puntual se convierte en permanente y se generaliza; si, por el contrario, los resultados de la evaluación son dudosos, entonces la experiencia se abandona. Esta fórmula se ha venido empleando en el proceso de descentralización territorial de Francia, aunque no ha estado exento de críticas y dudas sobre su constitucionalidad. Así, el Senado francés se cuestionó en su momento si una experimentación de este tipo podía plantear problemas, puesto que, de una u otra manera, constituye una derogación del derecho existente que atenta contra el principio de igualdad, en la medida en que temporalmente, la aplicación del derecho es diferente en las distintas partes del territorio. Vid. ZOCO ZABALA, C., “Revisión constitucional en Francia: la redefinición del modelo de descentralización administrativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, septiembre-diciembre 2004, p. 175.

potencial aumento de la incertidumbre, lo que podría tener un impacto negativo en el clima de inversión. En todo caso, los estudios empíricos que se han realizado a este respecto tampoco lo confirman(73).

También es cierto que la afectación del principio de seguridad jurídica se salva en la medida que la inestabilidad de la norma puede ser previa y claramente predeterminada para sus destinatarios a través de la cláusula explícita de sujeción a evaluación o la propia naturaleza experimental que definiría a la norma. No obstante, hoy en día la estabilidad jurídica absoluta está lejos de poder ser un objetivo del Derecho, ya que ello introduce un rígido paradigma jurídico que no se ajusta a la creciente complejidad de la sociedad y a su evolución(74), es decir, a una realidad que es ya reconocida bajo los adjetivos de líquida y volátil. Además, se ha señalado con acierto que, hoy en día, el principio de seguridad jurídica no puede reducirse a la continuidad de las leyes(75).

Un reciente debate doctrinal y jurisprudencial que directamente se relaciona con este cambio de paradigma de la estabilidad de la ley es el denominado, según construcción del Tribunal Supremo, riesgo regulatorio. Este deriva directamente del impacto que en el principio de seguridad jurídica y en el de confianza legítima tienen los recientes cambios legislativos en sectores estratégicos como el de la energía. Así, con la apertura del mercado a la iniciativa privada de tales sectores tradicionalmente gestionados bajo la fórmula del monopolio estatal, la estabilidad burocrática y, por ende, la seguridad jurídica van a esfumarse definitivamente. La reglamentación estatutaria pasará a ser sustituida por un auténtico Derecho constituido por normas jurídicas de diverso rango y alcance; normas muy especializadas, dirigidas en buena medida a imponer límites y condiciones que eviten el regreso a una situación de monopolio. Para ello, las autoridades reguladoras del sector en cuestión (el legislador, el Gobierno, los ministros y los organismos reguladores) habrán de tener muy en cuenta la realidad económica y tecnológica que determina la evolución del mercado,

(73) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 173 a 178.

(74) *Ibidem*, p. 26.

(75) *Ibidem*, p. 168.

pues no debe olvidarse que el tipo de derecho que en gran medida interviene en los sectores regulados es un derecho de base económica. Y esa realidad del mercado determina que la regulación a aplicar no suele ser en absoluto estable, sobre todo, en los inicios de los procesos de liberalización. Se trata de un contexto muy cambiante, lo cual va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas. Es aquí cuando surge el llamado riesgo regulatorio, como riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre. Este riesgo, en atención a las características de los sectores regulados, se considera por nuestro Tribunal Supremo como una carga que los referidos agentes del mercado tienen en principio la obligación de soportar, excepcionando la aplicación del principio de seguridad jurídica(76).

El concepto ha sido formulado y configurado en nuestro país por la Sala Tercera del Tribunal Supremo al resolver los recursos formulados contra la introducción de nuevas reglas o modificaciones normativas en el sector regulado de la energía, lo que no impide que, por sus elementos característicos, pueda extenderse al resto de sectores regulados. Se trata, por tanto, de un concepto de factura jurisprudencial y tiene sentido en el marco o contexto de los llamados sectores regulados(77). La primera vez que la Sala Tercera del citado Tribunal Supremo utiliza esta noción del riesgo regulatorio es en una Sentencia de 11 de junio de 2001 (Rec. 117/2000), en la que señala que *“Todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera, por su propia naturaleza, determinados inconvenientes o “perjuicios” para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe una obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio en el modelo regulatorio cuando, paralelamente, la nueva reglamentación permite*

(76) RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *RAP*, núm. 188, mayo-agosto 2012, p. 196.

(77) GARCÉS SANAGUSTÍN, A., “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 43-44, año 2014, p. 15.

la subsistencia de los antiguos operadores –quienes, en ocasiones, aún continúan ostentando durante los años que dura el período transitorio una posición de dominio del mercado– en paridad con los nuevos. La mera “transición” al régimen del mercado competitivo no ha sido, de hecho, en gran parte de los sectores liberalizados causa de reconocimiento de la obligación de compensar los costes de ella derivados” (FJ 8). Tal doctrina se reitera posteriormente en la Sentencia de 25 de octubre de 2006 (Rec. 12/2005) en la que se señala que “Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades” (FJ 3)(78).

También el Tribunal Constitucional ha incorporado a su acervo doctrinal el mismo concepto. Así, en sus Sentencias 17/2012 y 39/2013, se señala con relación a la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de un Real Decreto-ley que la im-

(78) El Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE de 17-V-1995) establece, precisamente, en su artículo 10 que las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera en su Sentencia 270/2015 (FJ 6) que tal previsión en modo alguno afecta a las potestades regulatorias del Estado en este ámbito, salvo que quede acreditado argumentalmente que dichas potestades se han ejercido en contra de lo dispuesto en la Constitución: “La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, afirmando posteriormente que “el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...”, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal”.

portancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica en general determina que su ordenación, introduciendo reformas en el mismo a fin de mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, sea susceptible de constituir una necesidad cuya valoración entra dentro del ámbito de atribuciones que corresponde al Gobierno. A este corresponde apreciar cuál es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar sus decisiones, en este caso dirigidas a introducir un mayor grado de liberalización, circunstancia que puede hacer necesaria la aprobación de disposiciones legislativas provisionales y de eficacia inmediata como las contenidas en un decreto-ley, excluyendo que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad (FFJJ 6 y 8 respectivamente).

Y en la posterior STC 270/2015, añade que si bien el principio de seguridad jurídica, debe ser entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de Derecho, en el ámbito del riesgo regulatorio lo relevante desde la perspectiva constitucional no es tanto el cambio regulatorio, sino que no estemos ante normas inciertas o faltas de la indispensable claridad. Además, añade el Tribunal, que el respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones regulatorias, en un ámbito como el de las energías renovables sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica. Para el Tribunal los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en un contexto de dificultades económicas y de crecimiento del déficit. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria

es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general (FJ 7).

Concluye el Tribunal Constitucional subrayando que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente, lo que ya había dicho en anterior doctrina (SSTC 182/1997, FJ 13, y 183/2014, FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, FJ 6). En estos casos, es precisamente la perentoriedad de la reacción legislativa –cuya concurrencia en este caso ya ha sido examinada– la que abre la puerta a la injerencia del gobierno en la legislación vigente, al amparo del art. 86.1 CE (STC 81/2015, FJ 8). No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con la doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (STC 183/2014, FJ 3) (79).

La presencia del riesgo regulatorio determina la atenuación del principio de seguridad jurídica y sus derivados, impidiendo por tanto o bien que el vehículo normativo que introduce las modificaciones normativas resulte invalidado por infracción de dicho principio, o bien que surja la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de la norma modificativa(80). Sin embargo, ello no significa que el riesgo regulatorio opere siempre como expresión de la falta de antijuridicidad de la actuación (normativa en este caso) del Estado, es decir, como deber jurídico que le obliga al ciudadano o empresa a soportar el daño. En ocasiones, los tribunales reconocen que dicha responsabilidad existe. Esto es así, según nuestro Tribunal Supremo, cuando en el caso concreto se percibe que el cambio legislativo conlleva una abierta situación de discriminación o afecta al perjudicado

(79) La doctrina consagrada en la STC 270/2015 se reproduce más adelante en las Sentencias 19/2016, 29/2016, 30/2016, y 61/2016. Se recoge una crítica de esta doctrina y de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los principios de seguridad y confianza legítima en el ámbito del riesgo regulatorio en MUÑOZ MACHADO, S., “Regulación y confianza legítima”, *RAP*, núm. 200, mayo-agosto 2016, pp. 141 a 172.

(80) RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio ...”, *cit.*, p. 199.

con unas cargas ostensibles. En este sentido se puede citar la Sentencia de 26 de noviembre de 2009 (Rec. 585/2008), en la que la referida Sala señala que: “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización”.

Así pues, toda vez que se constate que en un determinado sector existe riesgo regulatorio, su presencia misma ha de permitir que los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima no desplieguen sus efectos, impidiendo además que operen esas excepciones antes señaladas por las cuales, en cada caso concreto, puede admitirse la presencia de una responsabilidad pública por causa de un cambio normativo. El riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos(81).

Si bien es cierto que la crisis legislativa que vivimos en la actualidad no va a resolverse mediante la promulgación de leyes experimentales o cláusulas de extinción o caducidad, estos instrumentos sí pueden ayudar a racionalizar el proceso legislativo y, por consiguiente, la legislación como producto final. Este objetivo es posible gracias a la exigencia de supervisión legislativa, recopilación y consecuente incorporación de nueva información y extinción. La racionalización del proceso legislativo también se ve reforzada si se tiene en cuenta la caducidad de una determinada norma cuando ésta ya no es necesaria o para reformarla a la evolución de la situación social o económica

(81) *Ibidem*, p. 202.

a la que se aplica(82). Además, las cláusulas de extinción pueden fortalecer el control parlamentario de las actividades reguladoras y una formulación de políticas basada en evidencia(83).

En el campo al que acabamos de referirnos, aquel en el que opera el riesgo regulatorio, dichas cláusulas de extinción también pueden gozar de una gran virtualidad y actuar como elementos que garanticen la confianza legítima, ya que, al exigir la evaluación a posteriori de los efectos de la norma en un plazo predeterminado, permite a los operadores económico ajustar su conducta a tal posibilidad de derogación o modificación de la norma.

Si nuestro ordenamiento jurídico ha cambiado sustancialmente por diferentes motivos, entre los que puede comprobarse que destaca la globalización de los mercados y las inversiones, el recurso a dichas fórmulas específicas de evaluación ex post de las normas puede resultar muy adecuado desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica y la confianza legítima en un nuevo contexto caracterizado por la inestabilidad y volatilidad normativa. Es cierto que el cambio de contexto repentino no se resuelve mediante el recurso a una cláusula de evaluación ex post, dado que el periodo predeterminado de revisión a posteriori no ha de coincidir necesariamente con el del nuevo hecho acaecido que altera el contexto, pero sí al menos puede paliar los efectos de ello.

Por otro lado, se ha señalado que, en el plano real, la puesta en práctica de las cláusulas *sunset* es una tarea difícil. Por un lado, las experiencias internacionales demuestran que los regímenes generales de extinción fracasan a menudo debido a la limitación del tiempo y los recursos para los exámenes por extinción, la falta de aceptación y las expectativas poco realistas con respecto a los efectos de la extinción(84).

En todo caso, tanto las cláusulas de extinción como las leyes experimentales constituyen, como ya indicamos antes, fórmulas es-

(82) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 89.

(83) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 3.

(84) *Ibidem*.

pecíficas de evaluación ex post que no pueden extenderse a todo el ordenamiento jurídico sino aplicarse en casos concretos, atendiendo a unos criterios preestablecidos o, en ocasiones, sobrevenidos. No suponen un modelo general de evaluación, siendo su aplicación selectiva. En muchos modelos que han desarrollado tales procesos sistemáticos de evaluación ex post, los criterios de selección de las leyes se basan en la naturaleza de la legislación o en el impacto percibido de la ley. En Estados Unidos de América se evalúa una ley cuando tiene un impacto presupuestario o social significativo. En el Reino Unido, se aplica un valor de umbral de costo (la evaluación sólo es necesaria cuando los costos de cumplimiento superan los 5 millones de libras). Por ejemplo, las leyes no entran generalmente en el ámbito de un programa de evaluación ex post, ya que están sujetas a un régimen especial de examen. Y al margen de criterios económicos, también resulta adecuado sujetar a evaluación ex post las leyes que crean nuevos derechos o pretenden proteger los derechos fundamentales, como sería el ámbito de las políticas públicas en contra de la discriminación⁽⁸⁵⁾.

4. LA TARDÍA Y DEFICIENTE INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST A NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

La reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, incorpora dentro de sus novedades la evaluación ex post de las normas. Así, en su Preámbulo señala 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*

(85) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, pp. 13 y 14.

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”. 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”.*

La evaluación ex post aparece regulada dentro del cuerpo de la Ley en su artículo 130, en el que se establece 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 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, haciéndose, de esta manera, la Ley eco del principio vehicular en el que se inspira la Directiva de servicios, Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior(86). Se recoge, pues, una

(86) Diario Oficial de la Unión Europea 27.12.2006. Comienza dicha Directiva señalando en su Considerando 1 que *“La Comunidad Europea tiene por objetivo estrechar cada vez más los lazos entre los Estados y los pueblos de Europa y garantizar el progreso económico y social. Con arreglo al artículo 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. El artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el artículo 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible”.*

doble exigencia, formal (informe periódico) y material (proporcionalidad). Esta Directiva, recordemos, obligaba a realizar antes del 28 de diciembre de 2009 una evaluación normativa *ex post* de la normativa que afecta a la prestación de servicios, exigiendo la elaboración de informes de justificación de la normativa, los cuales serían objeto de revisión por la Comisión Europea y los Estados miembros (artículo 39) (87).

Por tanto, la Ley 39/2015 supone completar 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.

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 Gobierno. Así, 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

(87) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 219.

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 será aprobado antes del 30 de abril de cada año, y en el se reflejará 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 normativo. Sin embargo, sí añade que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2, es decir, cuando el Plan Anual Normativo haya identificado normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el Informe comprenderá 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 análisis.

Las citadas Leyes 39/2015 no son, sin embargo, los primeros antecedentes de esta nueva fórmula de control del impacto normativo, no ya ex ante, sino una vez aprobada y entrada en vigor la norma. 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.

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 eliminación 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".

La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, fue creada por Disposición Adicional Primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. En la Exposición de Motivos de la misma se dispone que: "Otro aspecto resaltable en la Ley es impulsar aquellos instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano. A tal efecto, en la Disposición adicional primera se autoriza al Gobierno para que cree una Agencia destinada específicamente al cumplimiento de estos objetivos".

El objeto de la nueva Agencia es la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. Para ello, el Consejo de Ministros aprobará anualmente los programas y políticas públicas cuya evaluación incluirá la Agencia, la cual deberá presentar anualmente un Informe al Congreso de los Diputados, acerca de la actividad desplegada por las agencias estatales, y sus compromisos para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. No se trata, sin embargo, de una fórmula de evaluación legislativa en los términos que hemos venido planteando, sino de un sistema de evaluación de la actuación de las Agencias que se instituyen como principal modelo de gestión pública en su expresión institucionalizada, a través de la ya citada Ley 28/2006.

También, puede citarse la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cual recoge alguna mención a la evaluación, aunque no un marco jurídico más o menos completo que permita el desarrollo institucionalizado de la evaluación legislativa en nuestro sistema jurídico. Resulta interesante a los efectos de nuestra revisión, destacar lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, relativa a la revisión y simplificación normativa. Dicha Disposición dispone que “*1. La Administración General del Estado acometerá una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico*”. Para cumplir con dicho mandato, la Administración General del Estado “*habrá de efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido, de conformidad con las previsiones constitucionales y legales sobre competencia y procedimiento a seguir, según el rango de las normas que queden afectadas*”. Y para ello, “*la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes elaborará un Plan de Calidad y Simplificación Normativa y se encargará de coordinar el proceso de revisión y simplificación normativa respecto del resto de Departamentos ministeriales*”.

Se instituye como órgano encargado de dicha evaluación a las Secretarías Generales Técnicas de los diferentes Departamentos ministeriales, las cuales “*llevarán a cabo el proceso de revisión y simplificación en sus ámbitos competenciales de actuación, pudiendo coordinar su actividad con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de las competencias que le son propias y en aplicación del principio de cooperación administrativa, lleven a cabo un proceso de revisión de sus respectivos ordenamientos jurídicos*”.

Por último, la misma Ley recoge la exigencia de evaluación de sí misma a través de un órgano de transparencia y buen gobierno *ad hoc* que crea, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Dicho nuevo órgano tiene “*por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la*

información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno". Dentro de sus funciones, el artículo 38 establece la siguiente: "d) *Evaluar el grado de aplicación de esta Ley. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales*".

Así pues, la Ley establece un régimen de evaluación legislativa general en relación al que se establecen unas líneas muy generales y respecto de las que es necesario un desarrollo normativo y un régimen de evaluación legislativa concreto respecto de la eficacia y cumplimiento de la propia Ley.

A nivel ordenamiento autonómico, no existe ninguna regulación de la evaluación ex post al margen de lo que sería evaluación ex post de políticas públicas y no de normas. A este respecto, puede citarse la Ley Foral de Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos, por la que se pretenden establecer las medidas necesarias para la constitución y desarrollo de un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas que diseñen y realicen las Administraciones Públicas de Navarra, como de la calidad de los servicios que éstas presten a la ciudadanía navarra en el ámbito de sus respectivas competencias. La Exposición de Motivos de la citada Ley Foral 21/2005 dispone que "*El nuevo marco legal diseña un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas como de la calidad de los servicios públicos que se presten, pues si públicos son los servicios y las políticas, pública deberá ser también su evaluación*", añadiendo, a continuación, que "*En este sistema se integran medidas de distinta índole. Por un lado, la evaluación de las políticas y, por otro, la evaluación de la calidad de los servicios públicos, en sus distintas modalidades, ya comentadas, de autoevaluación, incluidas las conocidas como cartas de servicios, o de evaluación externa*".

El artículo 1 describe como objeto de la Ley "*las medidas necesarias para la constitución y desarrollo de un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas que diseñen y realicen las Administraciones Públicas de Navarra, como de la calidad de los*

servicios que éstas presten a la ciudadanía navarra en el ámbito de sus respectivas competencias”, estableciéndose como primera medida “a) *La evaluación de las políticas públicas de las Administraciones Públicas de Navarra*”. El artículo 9 incorpora junto a la evaluación ex ante, la evaluación intermedia (durante la aplicación de la política pública en el periodo programado) y la ex post (con posterioridad a la ejecución de la política pública programada). La evaluación se institucionaliza mediante la creación en su artículo 23 de la Comisión Foral para la Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios Públicos, como órgano colegiado de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra encargado del ejercicio de la competencia de evaluación, en el ámbito territorial de Navarra, de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de las Administraciones Públicas de Navarra. Así pues, se trataría de un sistema institucionalizado de evaluación de políticas públicas y no de evaluación legislativa ex post stricto sensu.

Lo mismo podemos decir de otra iniciativa en el ámbito autonómico, como es el artículo 56 del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 2005 que recoge la existencia de Comisiones de seguimiento, cuyo objeto es el control específico de determinadas actuaciones o políticas públicas del Gobierno de la Generalidad. Al fin del periodo de sesiones, tales Comisiones han de entregar un informe a la Mesa del Parlamento, la cual, oída la Junta de Portavoces, debe decidir si toma nota del mismo o si cabe, en su caso, darle una tramitación específica.

Otro ejemplo de institucionalización de un sistema de evaluación es el que se promovió en el País Vasco a través de la reforma del Reglamento del Parlamento Vasco en 1998, reforma que finalmente no tuvo efecto. El proyecto establecía un mecanismo de control de las decisiones parlamentarias, en virtud del cual, la Mesa, a petición de una comisión, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la cámara y oída la Junta de Portavoces, podía atribuir a la comisión competente el control y evaluación del cumplimiento y ejecución de las políticas públicas no necesariamente objeto de regulación legal. Se trataba, pues, de un modelo institucionalizado

esencialmente parlamentario, recayendo en la propia Cámara la función de evaluación(88).

5. EVOLUCIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE INSTRUMENTO FUNDAMENTALMENTE DE MEJORA DE LA COMPETITIVIDAD A INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD DE LA NORMA EN GENERAL

Como puede comprobarse, la evaluación ex post se incorpora inicialmente como un instrumento de mejora de la competitividad de nuestra economía a través de una mejora de la regulación de la actividad económica y de la remoción de los obstáculos que la dificulten. El propio término de regulación que se viene empleando en el campo de la técnica normativa en relación con los términos de buena regulación y regulación inteligente crean el vínculo directo con el campo de la economía y competitividad y no tanto con una mejora de la calidad del ordenamiento jurídico en general o, al menos, directamente vinculada con los derechos fundamentales. A este respecto, se ha señalado que el término regulación no tiene fácil traducción en nuestro sistema jurídico al ser un término polisémico(89) y si se propone precisarlo ello lo vincula directamente al propio fenómeno de la huida del Derecho público en una etapa post (*after privatization*) en la que tras la devolución al mercado de determinados sectores económicos relacionados con los servicios públicos se pretende, a través de dicho concepto, reordenar el mercado en términos justo y garantes del interés general. La conexión entre regulación y libre competencia es evidente. Se trata de una previsión de evaluación no vinculada tanto a la mejora del ordenamiento con carácter general

(88) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, pp. 99 y 100. Las Juntas Generales de Gipuzkoa se atribuyeron la potestad de evaluar los resultados del ejercicio de su potestad normativa, a través de la Norma Foral 6/2005, de 2 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa (BOG núm. 137, de 20-VII-2005): “Art. 5. Funciones. Las Juntas Generales ejercen la potestad normativa en los términos establecidos en la presente Norma Foral, evalúan los resultados de dicha potestad”.

(89) PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios ...*, *op. cit.*, pp. 113 a 117.

o, en similares términos, una mejora de la regulación jurídica como mejora de la propia democracia, sino que adopta claros tintes económicos. Existe unanimidad doctrinal acerca de la relevancia que las normas legales y reglamentarias tienen en la actividad económica y en el funcionamiento de los mercados. Los estudios empíricos que demuestran el impacto de la regulación en el desarrollo económico, la productividad y la innovación se multiplican. Nadie duda ya de que el crecimiento económico y la inversión de los diferentes Estados se encuentran fuertemente condicionados por su entorno institucional y legal. De este modo, se reconoce sin duda la existencia de una relación directa entre el contenido y la calidad de la regulación y el rendimiento económico(90).

La nueva figura que se pretende promover responde, pues, a dos realidades interconectadas: en primer lugar, la necesidad de dotar a nuestro sistema económico de la exigida competitividad y flexibilidad que viene inspirando al Derecho comunitario. En segundo lugar, a la extraordinaria profusión de normas que han hecho realidad la expresión de legislación motorizada(91). Una realidad económica cada vez más compleja y dinámica exige múltiples respuestas del legislador que, al mismo tiempo, producen fácilmente antinomias y que ponen en discusión el principio de seguridad jurídica y el de libertad. Esta es la verdadera paradoja de las economías actuales que en su camino de huida del Derecho público acaban cayendo en las redes de la regulación. Las leyes acaban perdiendo calidad y, por ende, eficacia por su volatilidad, y ello, en cierto modo consecuencia del entendimiento del recurso a la producción legislativa casi como un fin en sí misma por parte de los actores políticos. La Ley comienza a

(90) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 334.

(91) El profesor Betancor Rodríguez plasma numéricamente este fenómeno en nuestra actual democracia (entre enero de 1979 y mayo de 2015) en un número de leyes y normas con rango de ley superior a las 7.000, lo que resulta de la suma de 279 leyes orgánicas, 916 leyes estatales, 4.626 autonómicas y 665 forales, 310 Decretos-leyes y Decretos legislativos estatales y 321 autonómicos. Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Calidad de la Ley: razonabilidad, arbitrariedad y control”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 535 y 536.

dejar de ser el punto de referencia más importante del ordenamiento jurídico y pasa a convertirse en un claro ejemplo del uso simbólico de la política, donde adquiere más importancia trasladar a la población la impresión de que se toman medidas para resolver los problemas que la efectiva resolución de los mismos(92). La preocupación es por el procedimiento más que por el resultado de la acción legislativa y administrativa. La tensión no se produce en la determinación o el control sobre los resultados de la actividad administrativa, sino sobre la legalidad de la actuación, el proceder a través de las reglas establecidas. La legitimación social del poder constituido se fundamenta en la legalidad, entendida aquí no como positividad formalmente correcta, sino como racionalidad procedimental. Las decisiones no se justifican a través de los resultados que consiguen(93).

Como pusiera de manifiesto hace unos años la Cámara de los Comunes, coincidiendo con la implantación en el Reino Unido de un procedimiento de evaluación de las leyes, la presión que el Gabinete viene ejerciendo sobre el Parlamento en orden a que las leyes sean aprobadas en determinados plazos provoca que se debilite la garantía de acierto de las normas, al contar aquél con menos tiempo para evaluar la oportunidad y futura eficacia de las mismas(94). (*Select Committee on Procedure*, 1970-71).

Por todo ello, se ha afirmado que el reciente interés por la calidad de la ley no sólo es una reacción al fenómeno de la proliferación o inflación legislativa y a la devaluación de los atributos técnico-formales de la legislación, sino que es expresión de la toma de conciencia a partir de los años noventa, después de la primera oleada privatizadora y desreguladora de los años ochenta, de que un sistema económico eficiente y competitivo depende de su entorno institucional y de la

(92) SUBIRATS, J., “El análisis empírico de los efectos de la legislación”, en FIGUEROA LAURADOGOITIA, A. (Coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995, p. 202. Vid. también, PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, p. 88.

(93) SUBIRATS, J., “Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, enero-marzo 1988, p. 177.

(94) Vid. House of Commons, *Select Committee on Procedure*, 1970-71, HC 538, p. viii.

calidad de su regulación. En un contexto de globalización económica, con la volatilidad de inversiones que ello conlleva, sólo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios a la colectividad en tanto contribuye al crecimiento económico(95). La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas, en el que se produce la transformación del Estado prestacional en Estado regulador, en el marco de las privatizaciones y liberalizaciones llevadas a cabo en las últimas décadas. El Estado en la actualidad ha pasado de ofrecer prestaciones, actuando directamente, a dirigir. El Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino –todo lo más– funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida(96). Y, en esa nueva posición del Estado(97), el uso de la potestad normativa es relevante.

En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública(98).

(95) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 74.

(96) PAREJO ALFONSO, L., “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, diciembre 2015, p. 85.

(97) Como expresivamente describe Muñoz Machado, el Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (Gewährlistungstaad), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confien. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., “Regulación y confianza legítima”, *cit.*, p. 143.

(98) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, pp. 205 y 206.

La evaluación ex post de las normas se inserta como evaluación de las razones económicas para justificar racionalmente la decisión legislativa. Ya no sólo es importante lo que la norma dice, sino principalmente lo que se consigue a través de la misma, es decir, cuáles son sus consecuencias y efectos y cuál es el coste de la consecución de sus objetivos(99). El buen funcionamiento del mercado depende ya de su infraestructura jurídica(100).

En todo caso, resulta sorprendente que la que puede denominarse ciencia de la evaluación legislativa o de la técnica legislativa haya surgido mucho tiempo después del propio desarrollo de la función legislativa y de la aparición de la norma como protagonista sustancial de nuestras actuales democracias constitucionales de *espíritu kelseniano*. Como señala MERCADO PACHECO, una de las lagunas más fuertemente denunciadas en el ámbito de la teoría y de la ciencia jurídica, ha sido la focalización de ésta exclusivamente en el momento interpretativo y de aplicación del derecho. El modelo de jurista, de enseñanza del Derecho y de la práctica jurídica continúa centrado en el momento aplicativo del Derecho en el que la Ley, la norma, es considerada un dato previo, un material básico a partir del cual el jurista despliega sus artes interpretativas, exegéticas, sistematizadoras, argumentativas y retóricas. Los juristas se siguen formando para interpretar y aplicar las normas, no para evaluarlas, habiéndose desdeñado el estudio y la cultura de la ciencia de la legislación(101).

Parece que la norma era objeto de interpretación, pero no de evaluación, de manera que su permanencia o no quedaba justificada no tanto por criterios de técnica legislativa (véase, el logro de sus objetivos y el coste de ello), sino por puros criterios de oportunidad o necesidad política. Sí es cierto que la norma quedaba sujeta a revisión a través de la aprobación de nuevas Leyes o de meras modificaciones puntuales. Sin embargo, ello no se ha hecho de manera rutinaria sino ante la aparición de nuevos contextos, necesidades o principios que

(99) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 65.

(100) *Ibidem*, p. 74.

(101) *Ibidem*, p. 66.

exigen una adaptación, reforma o derogación de la norma. Si ninguno de ellos concurría, la norma quedaba con sus imperfecciones vagando por el mundo jurídico, aún cuando no tuviera rumbo claro y fijo.

En una época en la que las reformas legislativas son tan numerosas y frecuentes, en que las leyes se suceden unas a otras con un ritmo, si no vertiginoso, al menos rápido, el legislador tiene que preocuparse por la eficacia material de las normas que aprueba, evaluando sus resultados. La técnica legislativa no sólo debe preocuparse de aspectos formales, como son la calidad y claridad del lenguaje, la estructura y sistemática, sino también de que las normas cumplan los fines perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada(102). No basta con preocuparse tan sólo del momento de elaboración y aprobación de la norma, sino que hay que ir más allá, en un marco temporal más amplio que incluya tanto el *law making* como el *law enforcement*, y poniendo el acento también en lo que está después de la ley, en la reacción efectiva del comportamiento de los destinatarios de la norma a los incentivos que la misma establece, sus consecuencias y efectos económicos(103).

Tal déficit histórico parece que pretende ahora superarse a través de la instauración de un sistema reglado de evaluación ex post que, en cierto modo, viene a replicar el incorporado previamente a la técnica normativa como es el de la evaluación ex ante, a través de su figura estelar de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, incorporada hace unos años por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Tal nuevo modelo parece, según se describe en el Preámbulo y el artículo 130, pretender superar su conexión única con la mejora de la competitividad, es decir, incorporarse como mecanismo de mejora de la calidad de la norma más allá del ámbito estrictamente económico.

El análisis jurídico-económico, sin dejar ser trascendente, no debe ser el único propósito de la evaluación ex post. Sus destinatarios y principales beneficiados no pueden ser sólo las empresas o los opera-

(102) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 73.

(103) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 76.

dores económicos, sino los ciudadanos en general. En la evaluación es preciso atender no sólo a razones puramente económicas, sino también al contexto humano al que afecta la decisión, sobre todo, cuando se trata de grupos sociales especialmente vulnerables. Ello ha sido reconocido, *mutatis mutandi*, por el propio Tribunal Constitucional en las decisiones sobre la distribución de recursos públicos, materia que en muchas ocasiones constituirá el fin inmediato de la evaluación de las normas. Señala el Tribunal que la resolución de estos conflictos exige realizar un juicio de ponderación entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral que integra asimismo el derecho subjetivo individual a su salud personal y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. Tal ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud, sin perjuicio de que esa contraposición también tiene proyecciones individuales (Auto 239/2012, de 12 de diciembre). Las evaluaciones basadas en consideraciones económicas, sus cálculos y modelos no son políticamente ni éticamente neutrales(104).

Su aplicación plantea cuestiones de justicia de gran alcance que exigen una reflexión cuidadosa. Además, el enfoque utilitarista caería en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, es decir, asume que el valor moral de las personas es intercambiable: los beneficios que a través del coste de las políticas públicas unos ganan compensa a los que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. Igualmente, no se muestra respetuosa con el principio categórico kantiano que prohíbe utilizar a las personas como medios

(104) En contra de esta idea se muestra Domenech Pascual: “la economía es enteramente neutral respecto de los fines. No hay fines económicos, ni tampoco extraeconómicos. Afirmar lo contrario encierra un malentendido. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisiones deberían adoptar, cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que éstos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir”. Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *RAP*, núm. 195, septiembre-diciembre 2014, p. 127.

para los fines de otros y que permite conformar un concepto universal y secularizado de dignidad humana. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí con el fin de maximizar los beneficios colectivos ficticios es incompatible con la primacía de la dignidad humana.

Bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos. En el utilitarismo clásico predomina el principio consecuencialista de la maximización de los beneficios colectivos, de tal manera que los derechos del individuo, incluidos los derechos fundamentales, se asignan únicamente de acuerdo con su contribución a la maximización de beneficios y no gozan de ningún estatus teórico independiente. Este principio contrasta con posiciones éticas basadas en los derechos originales de los individuos. Los derechos fundamentales no sólo aspiran a desarrollarse en su dimensión objetiva como expresión de los valores en los que se fundamenta políticamente una comunidad y que como tales deben ser protegidos, sino también como expresiones de un estatus de protección del individuo, incluso, frente a la colectividad (dimensión subjetiva). En una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar meramente subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos. En el ámbito de los bienes sociales primarios no valen sólo criterios de eficiencia, entendida ésta, en Derecho público, como empleo y asignación racionales de los recursos en general y que es susceptible de aplicarse a problemas tan diversos como la minimización del gasto público, la explotación óptima del patrimonio del Estado, la productividad de los empleados públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo(105). O, al menos, habrá que entender que no cabe la antinomia entre los valores superiores de la justicia y la igualdad del artículo 1 CE y el criterio de la eficiencia de su artículo 31, porque éste sólo juega en el marco de aquéllos y está subordinado a ellos y porque aquéllos identifican fines o mandatos de optimización

(105) VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *cit.*, p. 101.

y éste sólo un criterio modal para su consecución y su ponderación con otros(106).

DOMENECH PASCUAL, siguiendo a ARIÑO, señala que el análisis económico constituye una metodología apropiada para el estudio de ciertas ramas del ordenamiento jurídico pero no para el de otras y, por ello, se ha postulado su utilización respecto del conjunto normativo que regula la intervención de los poderes públicos en las actividades de producción de bienes y servicios —lo que aquí se conoce como Derecho administrativo económico—, al tiempo que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica, tales como el Derecho de familia y los derechos fundamentales(107), a lo que nosotros añadiríamos, en aquellos en los que lo económico sea meramente instrumental de la dignidad del ser humano y de la justicia. El propio DOMENECH PASCUAL aclara a continuación que, pese a lo anterior, si se estima que la economía estudia la asignación de recursos escasos, cualesquiera decisiones humanas son susceptibles de ser analizadas por esta ciencia, en la medida en que en prácticamente todas ellas se presenta normalmente el problema de que los medios disponibles para atender ciertos fines son escasos. Así pues, el análisis económico puede (debe) estar presente como una herramienta más en todos los ámbitos de la evaluación de la regulación, pero su relevancia en cuanto a los resultados que ofrezca cobrará mayor o menor virtualidad si son atendidos los principios y valores que estén presentes en el caso concreto(108).

Por tanto, puede concluirse que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la evaluación debe incorporar un modelo mixto que, partiendo del análisis del coste-beneficio y de la sostenibilidad, complete esta visión con el principio de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad, entre otros. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores,

(106) *Ibidem*, p. 105.

(107) DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *cit.*, p. 128.

(108) *Ibidem*, pp. 128 y 129.

de cómo esté repartida la misma. La equidad de la economía apunta a los valores superiores de la igualdad y la justicia proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución, por lo que su asunción es consustancial al Derecho y no plantea problemas dogmáticos en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por la misma razón, los poderes públicos, y en particular la Administración, objetivamente dirigida al cumplimiento de los fines marcados por el Derecho del Estado social (arts. 9.2 y 103.1 CE), son, por su misma esencia, organizaciones al servicio de los valores superiores de la justicia y la igualdad, esto es, de la equidad tal y como la concibe la economía(109).

Esta exigencia constitucional de superar el fin estrictamente económico parece lograrse con la regulación que de la evaluación ex post contienen las Leyes 39 y 40/2015. Los términos en los que se regula la nueva figura, aunque escasos, sí permiten deducir que ya no sólo se trata de elaborar normas que, evaluadas una vez entradas en vigor, sean sostenibles económicamente, sino de avanzar en una mayor calidad de las normas desde la perspectiva de una mejor democracia. Se trata de atender, a través de la calidad, a los diferentes fines, valores e intereses que se consagran en nuestra Constitución y que no sólo exigen la estabilidad presupuestaria que tardía y apresuradamente a impuesto el artículo 135 CE, o la seguridad jurídica que se consagra en el artículo 9.3 CE, clave de bóveda de un ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando de su incumplimiento pueden derivarse consecuencias punitivas, sino también evaluar en qué medida la norma satisface la libertad, igualdad, la equidad o la justicia, auténticos valores que conforman el Estado social y democrático de Derecho.

Sin perjuicio de ello, la incorporación de la evaluación ex post por las Leyes 39 y 40/2015, como ya anunciábamos al comienzo de nuestro trabajo, sin dejar de ser plausible, es 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

(109) VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *cit.*, p. 98.

superior rango como serían las leyes(110). 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).

Sí es algo más concreta la previsión de que el resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, aunque vuelve a diluirse el efecto vinculante del deber cuando se señala que ello se hará “con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”.

(110) Vid., a este respecto, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa ...”, *cit.*, p. 448.

Algo más de contenido ofrece, sin embargo, la reforma que de la Ley del Gobierno se ha llevado a cabo por la pareja legislativa de hecho de la comentada Ley 39/2015, es decir, por la Ley 40/2015. Como ya hemos descrito antes, dicha Ley reforma el procedimiento de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, instituyendo una especie de evaluación *ex post* (análisis sobre los resultados de su aplicación, en los términos literales que emplea la Ley) que se preverá en el correspondiente Plan normativo anual, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, y atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. Ello se completa con lo dispuesto en el artículo 28, en relación al Informe anual de evaluación, en el se reflejará el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, añadiendo que cuando tal Plan haya identificado normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el Informe comprenderá un análisis *ex post* de la eficacia, eficiencia y sostenibilidad de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias. Tal competencia recaerá en el Ministerio de la Presidencia. Sin embargo, no hay ninguna previsión relativa a los efectos de dicha evaluación *ex post*, más allá de disponer en el mismo artículo 28 que el citado informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas.

Así pues, el modelo responde a un modelo general, pero en el que aún ostenta una gran prevalencia el mero análisis económico y de las cargas administrativas.

Transcurrido más de un año desde la aprobación y publicación de dichas normas que incorporan la evaluación *ex post* no se ha llevado a cabo desarrollo reglamentario alguno que permita predecir una mínima eficacia de la nueva medida evaluadora. Es de esperar la próxima aprobación de una norma reglamentaria que, como ya hiciera el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, en el ámbito de la evaluación *ex ante*, dote de contenido al nuevo instrumento de mejora de la calidad de las normas. Ciertamente existe un proyecto de real decreto por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que

recoge algunas previsiones, mínimas, sobre la evaluación ex post. Al comienzo de la norma reglamentaria se señala que el actualmente en vigor Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, ha constituido, sin duda, un hito decisivo en la mejora de la calidad de las normas y ha permitido asentar en la cultura administrativa la importancia del análisis y evaluación ex ante de los impactos, como instrumento indispensable en toda política regulatoria. Sin embargo, añade, durante estos últimos años se han producido distintos cambios normativos que hacen necesaria su derogación y la aprobación de un nuevo real decreto adaptado a las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye una modificación ad hoc de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Y si bien la norma tiene como objeto principal la desarrollar estas previsiones legales, que sistematizan y refuerzan la planificación y el análisis ex ante de impacto de las normas y su evaluación, es decir, no constituye desarrollo normativo de la figura de la evaluación ex post, incluye un apartado relativo a la forma en la que se realizará la evaluación de los resultados de la aplicación de la norma, o evaluación ex post. Ello obedece, como explica la propia norma, a que el artículo 25.2 de la Ley 50/1997 señala que el Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, añadiéndose en el artículo 28.2 que dicha evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la memoria del análisis de impacto normativo. La conexión, pues, entre evaluación ex ante y ex post que se deriva de la citada Ley exige incorporar alguna norma que venga referida ya a la evaluación ex post. Y así se hace en el artículo 2.1 g) del proyecto que dispone que *“Evaluación ex post que incluirá la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas enumeradas en el Plan Anual Normativo al que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Para ello, la memoria 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. A estos efectos, se podrá indicar la metodología a utilizar*

en la evaluación y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo”.

El también reciente Dictamen del Consejo de Estado (expediente núm. 742/2016), de 27 de octubre de 2016, en el que se examina dicho proyecto de real decreto, valora 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”.* Pese a dicho juicio de valor positivo, no parece que el citado texto suponga un avance importante en el ámbito de la evaluación ex post ni permite aclarar muchas de las cuestiones que hemos apuntado antes.

6. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST Y AVANCE CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO

El incesante avance de la ciencia y de la tecnología que caracteriza a estas primeras décadas del siglo XXI y que no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia viene a dificultar de sobremanera la labor del legislador. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad normativa parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la regulación. Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Este nuevo panorama encuentra su máxima expresión o traducción jurídica en la aparición de un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de ele-

mento decisor(111). La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud pública a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo(112). La aparición del principio ha marcado un cambio del control post-daño (responsabilidad civil como herramienta curativa) al nivel de un control previo al daño (medidas anticipatorias de riesgos) (113). Sin embargo, la incertidumbre se ha adueñado de otros ámbitos no directamente relacionados con la ciencia o la tecnología, como son la economía y también la política, y ello, como consecuencia de la globalización. En todo caso, se trata de fenómenos interrelacionados en la medida que la globalización surge precisamente del avance de las propias tecnologías que permiten acercar fronteras y estrechar las sedes en que se adoptan las principales decisiones políticas y económicas.

(111) La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “*La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud*”. También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”. En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución”.

(112) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 1223.

(113) COMEST, *The precautionary principle*, UNESCO, París, 2005, p. 7. Puede accederse a dicho informe del Comité Mundial del Conocimiento Científico y de la Tecnología a través de la página web de la UNESCO, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>.

El principio de precaución ha sido definido como un principio procedimental llamado a potenciar la evaluación de riesgos inciertos y posibilitar la adopción de medidas frente a los mismos aun cuando éstos se desconocen en gran medida(114). El primer caso en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acude a dicho principio fue con ocasión de la llamada vulgarmente “crisis de las vacas locas” y así en su Sentencia de 5 de mayo de 1998 (caso *National Farmers Union*) se señala que “*en el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados*” y que, *cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos*” (115).

Una de las principales críticas que ha recibido dicho principio es el de abrir un cauce hacia la arbitrariedad, y si bien el principio se ajusta a un específico procedimiento de evaluación y gestión que tiene como fin principal proteger los derechos de las personas, sí que genera un relevante margen de discreción en los poderes públicos. Podría, así, afirmarse que el principio de precaución tiene cierto carácter antinómico, ya que, habiéndose creado para combatir la incertidumbre, acaba en muchas ocasiones por producirla en cuanto a la decisión final.

La falta de certidumbre en la toma de decisiones jurídico-políticas a través de las leyes ha sido tildado como problema de una gravedad desconocida hasta tiempos muy recientes(116). El Derecho aparece ya subordinado a la ciencia, ya que será ésta o, mejor dicho, la comu-

(114) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, op. cit., p. 1223.

(115) *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers’ Union and Others*, C-157/96.

(116) ESTEVE PARDO, J., “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público”, en DARNACULLETA i GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 36. Vid., también, ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatan. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

nidad científica la que marque el camino a seguir por el legislador, camino que no sólo no goza de gran certidumbre sino que además es extraordinariamente cambiante. Incertidumbre, volatilidad e innovación son tres de los elementos que caracterizan nuestra sociedad actual y que dificultan la labor previsor del legislador. Ciertamente es que no es la primera ocasión en la que el Derecho ha de enfrentarse a la incertidumbre, aunque cualitativa y cuantitativamente sí se aprecien notables diferencias respecto de lo que ha ocurrido en el pasado. Ya el Derecho romano tuvo que enfrentarse a dicho problema en muchas de las instituciones que tuvo que regular, acudiendo no a la búsqueda de la certidumbre, sino a la de soluciones prácticas a través de las presunciones para poder construir la solución jurídica(117). En todo caso, nuestro Derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad, el de la certidumbre de las referencias que ofrecen las normas(118). Tal déficit puede, sin embargo, paliarse a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación, aunque ello abre nuevos dilemas que no podemos abordar en un trabajo como el nuestro.

Este nuevo panorama provoca, por ejemplo, que el propio principio de precaución altere la operatividad del principio de *pro libertate* que inspira nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el aforismo clásico de que se considera permitido lo que no está prohibido (*permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur* o, en similares términos, *intellegitur consessum quod non est prohibitum*) ya no es la única máxima. Así, DENINGER nos recuerda que en el ámbito de los derechos de cuarta generación el principio general de que todo lo no prohibido explícitamente está permitido parece no tener plena virtualidad. A este respecto, cita como ejemplo paradigmático, una Sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo de Kassel (Alemania) de 6 de noviembre de 1989, relativa a la necesidad de obtener licencia para el desarrollo de actividades experimentales de manipulación genética, cuando no existía regulación alguna acerca

(117) ESTEVE PARDO, J., “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público”, en DARNACULLETA i GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

(118) ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J., *Ciencia y Derecho*, *op. cit.*, p. 58.

de dichas técnicas. El Tribunal consideró que, dado que en la investigación de las materias innovadoras básicas, como la energía nuclear, tecnología espacial, biología y, en especial, tecnología genética nos movemos en otras dimensiones y en otros niveles cualitativos distintos, y dada la falta de seguridad de los resultados, debe esperarse a que el legislador decida acerca de la actividad, sin que pueda desarrollarse la misma en el periodo de ausencia de regulación(119). Y se ha dicho que el Derecho aplicable en este campo de los derechos de cuarta generación es un observatorio destacable de la evolución que atraviesa hoy el sistema jurídico entero(120).

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre(121). Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para

(119) DENINGER, E., “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética”, en PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 64 y 65. Igualmente, Díez-Picazo Ponce de León nos recuerda, citando a Zatti, que la dificultad y el encanto de la bioética nacen de la necesidad de avanzar en un territorio sin mapa. Vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.M., “Bioética y legislación (Dificultades de la regulación jurídica en materia de bioética)”, *Revista de Occidente*, núm. 214, año 1999, p. 11.

(120) RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., “La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico”, en RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J. (Coord.), *Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales. Instituciones públicas de garantía*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012, p. 21.

(121) Dentro del sistema de las Naciones Unidas, el principio de precaución se incluye en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Posteriormente, el principio fue incorporado al artículo sobre la precaución (artículo 5.7) del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, así como al Protocolo de Bioseguridad aprobado en Montreal en enero de 2000.

satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional(122).

En relación a dicho principio, la Comisión de la UE (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000) señala que si bien este principio no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente (véase, art. 174), en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. Ello determina que el principio de precaución sea considerado desde hace pocas décadas un principio esencial de las políticas comunitarias.

El recurso a dicho principio, en palabras de la Comisión, presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica. Los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible, y ello, no es una decisión científica, sino eminentemente política, lo que exige resolver dos cuestiones: en primer lugar, si se debe actuar o no y, segundo lugar, si se ha decidido actuar, las medidas que se derivan de la aplicación del principio.

La incertidumbre, pues, no sólo se aprecia en la ciencia, sino que es un signo característico de nuestra época actual, afectando a todos los ámbitos de la realidad social, como es la economía, en la que la incertidumbre ha visto adaptado su nombre al de volatilidad, expre-

(122) COMEST, *The precautionary principle*, UNESCO, París, 2005, p. 7. Puede accederse a dicho informe del Comité Mundial del Conocimiento Científico y de la Tecnología a través de la página web de la UNESCO, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>.

sión esta que ya se emplea, incluso, en el ámbito de la política. Sin embargo, la incertidumbre constituye un elemento distorsionador del Derecho en la medida que éste, presidido por el principio de seguridad jurídica, ha de aspirar necesariamente a la certeza.

Esta nueva realidad hace más indispensable si cabe el desarrollo de nuevos mecanismos y, entre estos, cobra una especial virtualidad la evaluación *ex post*. Si el marco de la toma de decisión del legislador se produce en el contexto de la incertidumbre, ello determina, por un lado, revisar a posteriori si dicha incertidumbre se mantiene o no, y, por el otro, valorar también *ex post* qué efectos ha provocado la norma presidida por la falta de certeza. Si se ha apuntado que la evaluación del riesgo es la pieza clave del principio de precaución⁽¹²³⁾, resulta lógico concluir que las normas dictadas en el contexto de la incertidumbre deben ser evaluadas previa y posteriormente. No se trata, quizás, de plantearnos una nueva teoría de la decisión jurídica en la incertidumbre, sino posiblemente de desarrollar mecanismo de evaluación *ex post* de esas complejas decisiones normativas. Así lo ha entendido la propia Comisión de la UE cuando señala que en caso de que se considere necesaria una acción o decisión en un contexto de incertidumbre, las medidas basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos, *sujetas a revisión*, a la luz de los nuevos datos científicos. A este respecto, en la Comunicación de la Comisión de 5 de junio de 2002, sobre el Plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”, se recoge en compromiso de la Comisión de introducir, cuando se juzgue oportuno, una cláusula de reexamen, o incluso de revisión, en sus propuestas legislativas, en particular en aquellas sujetas a una rápida evolución tecnológica, a fin de garantizar la actualización y adaptación regulares de la legislación.

Similar propuesta encontramos en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, en su resolución *Kalkar*, consideró si la Ley reguladora del aprovechamiento pacífico de la energía atómica ofrecía la cobertura legal exigida por la Constitución para autorizar un nuevo reactor nuclear considerado demasiado peligroso por algunos científi-

(123) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 1231.

cos, advertía que cuando el legislador ha tomado una decisión cuyos fundamentos quedan en entredicho significativamente por adelantos que no podían preverse en el momento de dictarse la ley, aquél puede estar constitucionalmente obligado a revisar si la decisión originaria ha de mantenerse asimismo tras el cambio de circunstancias(124).

En todo caso, esta solución basada en la evaluación ex post presenta también problemas, sobre todo, en la medida que las revisiones normativas causan, también, per se, inseguridad jurídica y, por tanto, pueden afectar a las expectativas de los destinatarios de las normas. La propia Comisión, consciente de dicho problema, señala en la propuesta que acabamos de citar que al proponerse una cláusula de reexamen, la Comisión tratará de preservar la seguridad jurídica de los agentes interesados. En todo caso, siendo cierta esta objeción, no debe impedir reconocer que si un campo normativo está necesitado de evaluación ex post es precisamente el que conecta con el avance científico y tecnológico, aunque ello deba hacerse prudentemente.

Si trasladamos nuestra mirada ahora a las últimas normas aprobadas en nuestro ordenamiento y que por conectar de manera indubitada con la incertidumbre científica sería recomendable que quedaran, de acuerdo con lo que acabamos de sostener, sujetas a un proceso de evaluación a posteriori, la conclusión no puede ser más desalentadora. Así, a título de ejemplo, pueden citarse normas tales como la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en la que pese a reconocerse en su propio Preámbulo que la misma se dicta al amparo de la incertidumbre científica (*“En pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación, son cada vez mas frecuentes las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, y la investigación con gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas*

(124) Auto de 8 de agosto de 1978 (BVerfGE 49, 89, 130) y voto particular a la Sentencia de 24 de enero de 2001 (1 BvR 2623/95 y 1 BvR 622/99, §§ 99 y ss.). Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 112.

utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano”), nada se prevé acerca de los futuros cambios en la ciencia que pudieran determinar una revisión de la norma.

Igualmente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no incorpora ninguna cláusula de revisión o similar, aunque es cierto que prevé expresamente en su Preámbulo la posibilidad de actualizar, al menos, y de conformidad con la evidencia científica, las técnicas: *“La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas”*. Ello se normativiza en el siguiente artículo 2.3: *“El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada”*.

Resulta interesante recordar en relación a estos dos ejemplos casi paradigmáticos de la incertidumbre científica que se trata de normas que no han sido dictadas, como ocurre con algunas otras dentro del ámbito de la salud y la investigación biomédica, en desarrollo de una norma comunitaria, de manera que pudiera argumentarse que la revisión o evaluación a posteriori de la norma vendría determinada por la propia UE o la norma fuente de la que nacen. En el caso de la Ley de investigación biomédica y de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, son dos normas en las que la iniciativa es meramente nacional, aunque también es cierto que esta última supone de facto

una revisión de la anterior regulación sobre a materia ya que viene a suplir a la anterior Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que, a su vez, derogó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. En todo caso, la previsión de revisión de la misma no queda sujeta a plazo ni viene impuesta por deber legal alguno, sino por la mera voluntad política, cuando se trata de un ámbito en el que la ciencia ofrece ya novedades (véase, por ejemplo, la práctica poca utilidad que los preembriones ofrecen ya para la investigación con células madre) que harían conveniente revisarla.

Un ejemplo más reciente conectado también con la incertidumbre en el ámbito de las decisiones normativas que entroncan con dilemas bioéticos, aunque, en este caso, dentro del ordenamiento jurídico autonómico, lo encontramos en la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir, aprobada por la Comunidad de Madrid(125), cuya Disposición Adicional Primera incorpora, bajo el título de “Evaluación de la Ley”, la previsión de elaboración, transcurrido un año de su entrada en vigor, de un informe sobre los datos más significativos de implementación de la Ley, el grado de satisfacción de los ciudadanos, y de la efectividad real de la protección los derechos regulados en ella, así como de los aspectos susceptibles de mejora. Dicho informe, además, deberá actualizarse anualmente y presentarse ante la Comisión competente en materia de Sanidad de la Asamblea de Madrid(126).

7. LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

El impulso de las políticas de mejora de la legislación en nuestro sistema jurídico y en demás países miembros de la Unión Europea

(125) BOCM 22-III-2017.

(126) Una previsión muy similar ya se recogía en la regulación de la muerte digna en Aragón, concretamente, en la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, que dispone en su Disposición Adicional Segunda que “*El departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de salud elaborará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, un estudio relativo a la forma en la que la ciudadanía aragonesa afronta y vive el proceso de su muerte. Este informe se actualizará periódicamente, con el fin de permitir evaluar con regularidad la aplicación y efectos de esta Ley*”.

ha venido en gran parte promovido por la propia Unión Europea, como ya hemos destacado antes. El análisis del impacto se hizo obligatorio para la normativa comunitaria tras la puesta en marcha del Plan de acción “Legislar mejor” de 2002, en el que se recogieron los criterios expuestos en el Informe Mandelkern, sobre Mejora de la Regulación de 2001. El informe Mandelkern señalaba que la mejora de la legislación es un camino para mejorar el proceso de elaboración de políticas y no una mera imposición de nuevas cargas burocráticas. Tal mejora, según el citado informe, debe fundamentarse en siete principios: necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad, transparencia, rendición de cuentas, accesibilidad y simplicidad.

En similares términos, el informe propone siete ámbitos para promover dicha mejora, entre los que aparecen también algunos relacionados con la evaluación ex post de las normas. En concreto, se propone, en el ámbito de la aplicación de la regulación europea, y considerando que las regulaciones de alta calidad forman una cadena desde las primeras etapas de su elaboración hasta su aplicación, que se preste más atención a los problemas que plantea la aplicación de las normas en orden a garantizar que son entendidas y tenidas en cuenta. Los Estados miembros deben dar una gran prioridad a la aplicación de la normativa comunitaria.

También, en relación con la evaluación legislativa ex post, el Informe considera que la implementación de instrumentos de evaluación ex post en términos similares a los que pueden desarrollarse ex ante presenta mayores dificultades, debido a las diferencias acerca de las estructuras, sistemas legales y soluciones en los diferentes Estados miembros. Pese a ello, el Informe considera que sí pueden hacerse algunas aportaciones al respecto, y así, por ejemplo, apunta que una muy buena manera de desarrollar una evaluación ex post es aplicar una lista de control, como la desarrollada por la OCDE. Esta ha sido ya utilizada en algunos Estados miembros y otros países con buenos resultados.

Para los autores del informe, la evaluación ex post puede contribuir de manera significativa a la revisión efectiva de la regulación existente. Si se hace bien, proporciona información clara sobre la

eficacia y adecuación de la regulación, revelando las debilidades y otras carencias, lo que permite la revisión para decidir qué acción puede adoptarse. Las evaluaciones ex post pueden llevarse a cabo, bien específicamente, cuando exista una opinión generalizada de que es preciso evaluar una norma ya en vigor, bien con carácter general, estableciendo dicha evaluación ex post en la propia norma. Esto puede, por ejemplo, ser particularmente apropiado cuando existe una considerable incertidumbre acerca de los efectos de la nueva regulación.

El propio Informe considera que el último paso de un programa de la evaluación del impacto regulatorio es precisamente la evaluación ex post de las normas. Esta evaluación permite comprobar la exactitud de las hipótesis y estimaciones realizadas anteriormente en el proceso. Así pues, la evaluación ex post permite también evaluar a la propia evaluación ex ante, en los términos planteados por el Informe.

Al amparo también del Informe Mandelkern, la Comisión elaboró una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, bajo el título “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”. Para la Comisión resultaba prioritario mejorar las legislaciones europea y nacionales, y ello, con el fin de promover la competitividad de Europa y, de esta manera, estimular el crecimiento y el empleo. Señala la Comisión que legislar mejor, esto es, garantizar un marco regulador de calidad, redundará en beneficio de todos. La mejora del proceso legislativo contribuirá a que la Unión Europea sea un lugar más atractivo no sólo para invertir sino también para trabajar, pues una legislación de calidad influye de manera muy positiva en las condiciones generales del crecimiento económico, el empleo y la productividad. Tal mejora incentiva la actividad empresarial, reduce los costes innecesarios y elimina los obstáculos a la adaptabilidad y la innovación. Garantiza asimismo la seguridad jurídica y, en consecuencia, la eficacia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación en toda la Unión Europea. Por último, permite alcanzar los objetivos sociales y medioambientales sin que los costes administrativos sean desproporcionados.

Por ello, la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales. Sin embargo, como puede verse, la propuesta se basaba en exclusiva en un modelo de evaluación a priori a través de la evaluación de impacto. El propósito de la evaluación es, en palabras de la Comisión, permitir a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas. Se pretende garantizar que se evalúen plenamente todas las consecuencias posibles de futuras propuestas legislativas, no que se evalúen dichas normas a posteriori.

La Comisión sitúa la fortaleza del mecanismo institucionalizado de evaluación en la evaluación a priori mediante la mejora de los mecanismos de evaluación de impacto.

Pocos años después, la Comisión aprobó el 8 de octubre de 2010 una nueva Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre normativa inteligente en la Unión Europea. Para la Comisión el programa legislar mejor que se inicia a partir del Informe Mandelkern ha supuesto un importante avance en el ámbito de la evaluación legislativa aunque considera que ya debe afrontarse un nuevo desafío, la normativa inteligente. Para la Comisión la normativa inteligente se refiere al conjunto del ciclo político, desde la concepción de un acto legislativo hasta la aplicación, el cumplimiento, la evaluación y la revisión. Y así, si el esfuerzo en el análisis de impacto es importante, también debe serlo gestionar y aplicar el conjunto de la legislación existente, con el fin de garantizar que se obtengan los beneficios previstos. Para ello, todos los protagonistas deben ser más conscientes de que la aplicación correcta de la legislación existente y su modificación en función de la experiencia son tan importantes como la nueva legislación que proponemos.

Como puede comprobarse, la Comisión otorga ya una posición central en el sistema de mejora de la legislación a la evaluación ex post, señalando que la evaluación a posteriori de la legislación constituirá una herramienta clave en el marco de este nuevo enfoque, al mejorar la calidad de las políticas y contribuir a definir nuevas posibilidades para simplificar la legislación y reducir las cargas administrativas.

La simplificación de la legislación y la reducción de las cargas administrativas se convierten de este modo en el objetivo principal de la normativa inteligente y para ello la Comisión considera que deben efectuarse evaluaciones más estratégicas que globales, para identificar las cargas excesivas, las incoherencias y las medidas obsoletas o ineficaces.

Como medidas concretas, la Comunicación prevé, entre otras, velar porque todas las propuestas importantes de legislación nueva o revisada se basen en principio en una evaluación de la legislación existente. Para ello, la Comisión aplicará paulatinamente este enfoque durante su mandato actual y revisará las directrices sobre evaluación para garantizar que las evaluaciones determinen si la legislación produce los beneficios previstos y para evaluar los costes asociados. También propone garantizar la transparencia presentando las evaluaciones programadas de la legislación en un sitio Internet específico, de tal modo que los Estados miembros y las partes interesadas puedan aportar sus contribuciones desde un primer momento. Considera como áreas específicas para el desarrollo de dicha evaluación el medio ambiente, los transportes, la política de empleo y la industrial. Igualmente, considera esencial la participación de los ciudadanos en dicha labor de mejora y así menciona la importancia de desarrollar un sitio Internet de consulta que permita más fácilmente a las partes interesadas expresar sus preocupaciones por lo que se refiere a las cargas administrativas y a la simplificación.

Sin perjuicio de la importancia que esta Comunicación supone para el desarrollo de una evaluación legislativa ex post en el ámbito de la Unión Europea y en el de los Estados miembros y pese a que la propia Comisión considera a ésta un elemento clave dentro del concepto de normativa inteligente, la mayoría de provisiones que se

contienen en aquella van fundamentalmente vinculadas una vez más a la evaluación *ex ante* y al análisis de impacto.

Al margen de un procedimiento sistemático de revisión, la Unión Europea sí ha recogido cláusulas específicas de evaluación *ex post* en algunas normas comunitarias. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Directiva 95/46 CE relativa a la protección de las personas respecto al tratamiento de sus datos personales, cuyo artículo 33 establece que la Comisión habrá de presentar al Consejo y al Parlamento Europeo periódicamente y por primera vez en un plazo de tres años a partir de la fecha en la que los Estados han de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, un informe sobre su aplicación, acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de modificación. Dicho informe será publicado. A este respecto, la Comisión deberá estudiar, en particular, la aplicación de la Directiva al tratamiento de datos que consistan en sonidos e imágenes relativos a personas físicas y presentará las propuestas pertinentes que puedan resultar necesarias en función de los avances de la tecnología de la información, y a la luz de los trabajos de la sociedad de la información.

Pese a dichas iniciativas en mejora de la evaluación de las normas comunitarias y nacionales desarrolladas por la UE, los trabajos doctrinales que han analizado el impacto real de las mismas se muestran algo críticos. Así, algunos estudios cuantitativos basados en meta análisis de las normas aprobadas en el marco de la UE, señalan, por ejemplo, que de las 156 leyes importantes adoptadas entre 2000 y 2002, 44 fueron evaluadas una vez, mientras que ocho fueron evaluadas dos veces. Esto se traduce en que el 33 por ciento de la legislación importante de la UE ha sido cubierto por una evaluación *ex post*. En consecuencia, casi siete de cada diez normas jurídicas importantes no han sido evaluadas. Y aunque no es impensable que estas evaluaciones se puedan llevar a cabo más adelante, ello, dados los procedimientos de trabajo de las instituciones de la UE, es harto improbable. Otro dato relevante que relevante de dichos estudios es que entre las 104 leyes que no han sido evaluadas, hay algunas de ellas políticamente sensibles, como las Directivas sobre la facilitación de

la inmigración ilegal (2002/90) y sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58) (127).

Por otro lado, las razones que justificaron dicha evaluación no eran otras que la inclusión en la norma de una cláusula específica de evaluación ex post. Esto parece sugerir que la obligación jurídica es el principal motivo para evaluar y que la propia iniciativa de la Comisión se muestra muy limitada (128). Y así, a pesar del potencial teórico de las evaluaciones ex post para la rendición de cuentas políticas, las investigaciones existentes indican que el Parlamento de la UE no utiliza activamente las evaluaciones de programas de la UE. Un estudio de la Comisión demuestra que la mayoría de las evaluaciones son desarrolladas únicamente por los funcionarios directamente implicados en la ejecución de las intervenciones evaluadas y otro estudio reciente constató que el verdadero artífice de la evaluación ex post no es el Parlamento, sino la Comisión, la cual viene utilizando las evaluaciones para apoyar su propia toma de decisiones y así mejorar el establecimiento de su agenda y el desarrollo de políticas (129).

Algo más de un tercio de los informes de evaluación no mostraban dato alguno que sugiriera que en su elaboración hubiera participación de los interesados y cuando éstos participaban se limitaban a proporcionar meramente la parte empírica de la evaluación, pero nada más. Sólo el 9 por ciento de tales informes mostraba que los interesados hubieran estado más involucrados en el proceso de evaluación, proporcionando información sobre diferentes aspectos del análisis. La absoluta falta de participación de partes interesadas aparece en el 39 por ciento de los informes evaluados y sólo el 9 por ciento de los informes indicaban una participación real de los interesados en el proceso de evaluación. Además, la transparencia de los resultados de la evaluación era limitada: sólo el 44 por ciento de todas las evaluaciones ex post identificadas estaban disponibles en el sistema

(127) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

(128) *Ibidem*, p. 3.

(129) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “Ex post legislative evaluation in the European Union: ...”, *cit.*, p. 675.

de búsqueda centralizado de la Comisión y en las reseñas anuales. Por lo tanto, muchos informes no se comunican a la opinión pública(130).

En resumen, los estudios concluyen que la Comisión Europea aún no ha cumplido su promesa de cerrar el ciclo regulador a través de la evaluación ex post, siendo recomendable tanto extender dichas evaluaciones a mayor número de normas como implementar mejoras metodológicas en la elaboración de los informes, de modo que las conclusiones de las evaluaciones puedan someterse a un escrutinio externo y, por tanto, servir de ayuda de manera creíble la futura solución de problemas. También hay un gran margen para mejorar el escrutinio externo al involucrar a las partes interesadas en los procesos de evaluación. Por último, para mostrar los resultados de estas inversiones al público, se requiere una mayor transparencia, lo que podría lograrse mediante la inclusión de todas las evaluaciones ex post en el sistema de búsqueda centralizado de la Comisión(131).

Para concluir con esta revisión del Derecho comunitario, sí es importante mencionar que la última Comisión bajo la Presidencia de Jean-Claude Juncker ha incluido la evaluación de las normas como una de sus prioridades. Así, mediante Resolución del Presidente de la Comisión de 19 de mayo de 2015 (*Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*) se crea un Comité de Control Reglamentario, como órgano independiente de la Comisión de asesoramiento que ejerce una función de control de calidad y apoyo a la labor de evaluación de la Comisión. El Comité se encarga de examinar todos los proyectos de evaluación de impacto, las evaluaciones y los controles de adecuación de la legislación vigente de la Comisión y emite los correspondientes dictámenes y recomendaciones. Y así, emite informes sobre la calidad en el marco de la preparación de nuevas iniciativas y en las principales evaluaciones retrospectivas de una determinada política o norma y los controles de la adecuación de un conjunto de políticas o normas. El Comité se compone de siete miembros,

(130) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

(131) *Ibidem*.

su presidente que será el director general de la Comisión, tres altos funcionarios de la Comisión y tres expertos ajenos a la Comisión. La dedicación de dichos miembros es a tiempo completo sin que ostenten simultáneamente otras funciones y actúa independientemente de los departamentos que formulan las políticas y de cualquier institución, oficina, agencia u organismo europeo.

El desarrollo de estos retos por parte de la Comisión pretende centrarse en los que se consideran los principales retos a medio plazo a los que se enfrenta la UE: empleo, crecimiento e inversión, migración, seguridad, medios digitales, energía, o la profundización del mercado único.

En 2015 se desarrollaron por la Comisión unas Directrices (*Better Regulation Guidelines*). Su capítulo V se dedica a la monitorización y se señala que el seguimiento genera evidencia sobre las actividades de una intervención e impactos en el tiempo de manera continua y sistemática. Un sistema de seguimiento es una parte necesaria e integral de la *Better Regulation* y ayuda a identificar si una política se está aplicando sobre el terreno como se esperaba; abordar cualquier problema de implementación de una intervención, y/o determinar si se requieren más medidas para garantizar que se pueden alcanzar los objetivos previstos. Una buena supervisión permite, además, mejorar la calidad de la evaluación futura y la evaluación del impacto.

Sin embargo, el seguimiento debe considerar los objetivos de la intervención y qué evidencia necesita ser recolectada para rastrear su progreso y desempeño. Esto está vinculado a la comprensión tanto de la lógica de la intervención como de cómo se utilizarán las pruebas recopiladas. Se debe considerar la frecuencia y el método de recolección, las diferentes fuentes de evidencia teniendo en cuenta lo que ya está disponible y el costo para las diferentes partes involucradas. Esto conduce a una serie de preguntas que en un sistema de seguimiento serán, al menos, las siguientes tres: ¿Qué pruebas hay que recopilar?; ¿Cuándo y cómo deben recogerse las pruebas? Y ¿Quién recogerá las pruebas y de quién?

En el Capítulo VI de la misma Comunicación se aborda la evaluación *ex post*, estableciendo unos criterios para someter las normas a la misma, entre los que se recogen, la existencia de cláusula específica de revisión, un gasto global importante (véase, más de cinco millones de euros) o en aquellos casos en los que una Dirección General pueda albergar dudas sobre el grado de aplicación de una norma y se lo comunique a la Secretaría General. Igualmente, se diseña un procedimiento de revisión *ex post* en el que, además de exigir que se elabore una hoja de ruta de la evaluación que resuma su diseño, el propósito y el alcance de la evaluación, las cuestiones a tratar y las pruebas que se recogerán, debe incluirse una consulta pública en abierto a través de internet por un periodo de doce semanas. Los resultados de la evaluación deben quedar incorporados a un documento de trabajo que incorpore un informe ejecutivo, debiendo difundirse para promover un debate con las partes interesadas. Se destaca que las evaluaciones necesitan *deconstruir* la cadena esperada de eventos usando un modelo simplificado de causalidad, mostrando cómo una intervención fue desencadenada por un determinado conjunto de necesidades o problemas que ocurren dentro de un determinado contexto y cómo fue diseñado, con la intención de producir el deseado cambio. Estas relaciones de “causa y efecto”, reconocen las Directrices que son difíciles de demostrar, sobre todo al evaluar las políticas de la UE que operan en un entorno complejo con influencia de factores diversos que provienen tanto de dentro como de fuera del ámbito de la intervención de la UE. Al evaluar la legislación de la UE, es particularmente difícil identificar una situación contrafactual sólida (es decir, cuál sería la situación si no se hubiera adoptado la legislación de la UE), haciendo problemático el análisis cuantitativo absoluto, ya que, en muchas ocasiones, las evaluaciones de la UE deben basarse en argumentos cualitativos y razonados (respaldados por pruebas apropiadas) sobre la posible contribución de una intervención de la UE a los cambios observados.

Para las Directrices, las principales preguntas que la evaluación *ex post* debe contestar son las siguientes:

1. ¿Cuál es la situación actual?
2. ¿Cuál ha sido la eficacia de la intervención de la UE?
3. ¿Cuál ha sido la eficacia de la intervención de la UE?

4. ¿Qué importancia tiene la intervención de la UE?
5. ¿Cómo de coherente es la intervención de la UE en el plano interno y con otras acciones de la UE?
6. ¿Cuál es su valor añadido? (132)

Más recientemente, la Comisión ha elaborado con fecha de 14 de septiembre de 2016, la Comunicación al Parlamento, Consejo Europeo y Consejo de la UE, bajo el título de Legislar mejor: conseguir mejores resultados para una Unión más fuerte. En ella se destaca que la Comisión ha avanzado en el desarrollo de estructuras y modelos que permitan incrementar la participación de las partes interesadas en la preparación de nuevas iniciativas y evaluación de las políticas existentes, introduciendo nuevas vías de consulta más activas y más transparentes, como es la información en línea o la participación en consultas públicas a través de la web. En todo caso, la Comunicación admite que aún quedan varios pasos que avanzar en el ámbito del seguimiento, medición y evaluación del impacto real de la normativa de la UE sobre la economía, la estructura social y el medio ambiente en los Estados miembros.

8. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST EN DERECHO COMPARADO

En Derecho comparado y con la excepción de Estados Unidos de América, la evaluación legislativa ex post no ha sido una figura tradi-

(132) La OCDE ha propuesto una relación de preguntas que cabría formularse al amparo de la evaluación legislativa, ex post (OCDE, *Checklist for Regulatory Decision-making* 1995): 1.º ¿Cumplió la ley con su propósito? Esta pregunta presupone que la ley en cuestión tiene un propósito definido, establecido explícitamente y bien entendido, y que su resultado es medible con cierto grado de precisión. 2.º ¿Se ajusta la ley a su propósito? Este método considera si la ley, tal como se redactó y aprobó, es técnicamente sólida, clara y comprensible, se encuentra sujeta a apelaciones legales y es posible ponerla en práctica de forma adecuada. Estas dos preguntas se vinculan de manera estrecha entre sí, y la evaluación de cada una complementa a la otra. 3.º ¿Cuál es el impacto de factores no legislativos? El resultado de la ley en sí puede verse afectado por la manera como se aplicó, por el conocimiento de sus disposiciones por parte de la población o por el nivel de cumplimiento y observación. Para la OCDE la evaluación implica, pues, fundamentalmente, la recopilación de pruebas acerca del resultado y los efectos de la ley en cuestión, el análisis y la evaluación de dichas pruebas, seguido de investigación y conclusiones, y, si es adecuado, recomendaciones sobre cambios.

cionalmente implementada en los sistemas jurídicos, de manera que el esfuerzo evaluador sobre la norma, bien no existía, bien se hacía residir habitualmente en la fase *ex ante*. Sin embargo, en las últimas décadas encontramos ya modelos que incorporan fórmulas de evaluación legislativa en el sentido que venimos apuntando, aunque la evaluación se muestra más avanzada en los sistemas de *common law* y no tanto en los de *civil law*. Un ejemplo de cuál ha sido la situación hasta fechas recientes lo encontramos en la OCDE, la cual señala que en 2008 era obligatoria la evaluación periódica de las regulaciones en vigor para todas las áreas de política pública en seis Estados (véase, Australia, Corea del Sur, Grecia, Hungría, Japón y Noruega), cifra a la que podían añadirse los doce Estados que venían incluyendo en su sistema jurídico figuras ad hoc de evaluación *ex post*, como son las cláusulas de vencimiento (véase, Alemania, Australia, Austria, Canadá, Corea, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza). En un Informe más reciente ya sitúa en veinte los Estados que, de alguna u otra manera, han incorporado la evaluación legislativa *ex post*. En el siguiente cuadro pueden verse los resultados del estudio comparativo de la OCDE por Estados, según datos obtenidos hasta 2014(133):

	Periodic <i>ex post</i> evaluation of existing primary laws is mandatory	Primary laws include "sunsetting" clauses	Primary laws include automatic evaluation requirements
Australia	▲	+	+
Austria	+	●	■
Belgium	+	+	+
Canada	+	+	+
Chile	●	●	●
Czech Republic	■	+	+
Denmark	+	+	+
Estonia	+	●	+
Finland	●	+	●
France	+	+	●
Germany	▲	●	▲
Greece	+	●	■
Hungary	■	●	■
Iceland	●	+	●
Ireland	●	+	●
Israel	■	●	●
Italy	■	●	●
Japan	■	●	■
Korea	+	▲	▲
Luxembourg	●	+	●
Mexico	■	+	+
Netherlands	■	+	+
New Zealand	●	+	+
Norway	●	+	+
Poland	+	●	+
Portugal	●	●	●
Spain	●	●	●
Slovak Republic	●	●	●
Slovenia	+	●	+
Sweden	+	+	●
Switzerland	+	+	+
Turkey	●	+	▲
United Kingdom	■	+	▲
United States	●	+	▲
European Union	■	+	+
Total OECD			
■ For all primary laws	6	0	3
▲ For major primary laws	2	1	3
+	9	16	11
● Never	17	17	17

Source OECD (forthcoming), OECD Regulatory Policy Outlook 2015, based on the 2014 OECD Regulatory Indicators Survey results

(133) OCDE, *Government at a Glance 2015*, OECD Publishing, París, 2015, p. 131.

Señala la OCDE en su Informe de 2015 que sólo veinte países declaran tener como requisito obligatorio la evaluación ex post en 2014. Del mismo modo, las prácticas de evaluación automática no han aumentado sustancialmente desde 2008/09, por el contrario, el recurso a cláusulas concretas de derogación por falta de revisión (*sunset clauses*) cada vez están empleándose más por los Estados(134).

Entre los ejemplos de Derecho comparado, destaca el modelo norteamericano. Como precedente de las políticas de evaluación legislativa, puede señalarse la *General Accounting Office* (GAO) (en la actualidad, *Government Accountability Office*) en los Estados Unidos de América, la cual se crea al amparo de la generalización de las políticas intervencionistas de los poderes públicos a partir del *New Deal*. La función principal de la Oficina es asistir técnicamente a los miembros del Congreso sobre los programas y gastos del Gobierno federal. Dicho precedente tiene, en cierto modo, un origen jurisprudencial, ya que responde a la exigencia que proclamara el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1927 (*McGrain v. Daugherty*) en relación a que el Congreso “*no puede legislar adecuadamente con ausencia de información respecto a las condiciones en las que la legislación se intenta afectar o cambiar*”. Dicha exigencia de información se plasma institucionalmente en la creación de aquella Oficina.

Posteriormente, la función que ostenta la GAO se compartirá con el *Congressional Budget Office* (CBO), creada al amparo de la *Congressional Budget and Impoundment Control Act* de 1974 y de la Ley de Presupuestos de ese mismo año. Esta Oficina se encarga del análisis del coste económico de los proyectos normativos respecto del que es solicitada su evaluación por las diferentes Comisiones. A nivel del poder ejecutivo existe una figura similar que evalúa el coste de sus proyectos que es la *Office of Management and Budget*. Esta Oficina lleva a cabo la evaluación de impacto de los proyectos de las diferentes Agencias.

En Estados Unidos se han establecido también dos técnicas de control a posteriori de la legislación: *sunrise* y *sunset legislation*.

(134) *Ibidem*.

A través de la técnica conocida como *sunrise legislation* la propia ley incorpora a su texto normativo la obligación de ser sometida a evaluación tras especificarse en la misma sus objetivos, acerca de cuyo cumplimiento habrá de informar periódicamente la Administración. Este es, pues, un modelo no sistemático de evaluación legislativa, sino que se autoimpone por el legislador al aprobar la norma, incorporando a la misma una cláusula específica por la que se exige su revisión pasado cierto tiempo de su entrada en vigor.

Por su parte, la *sunset legislation* consiste, como ya explicamos antes, en la aprobación de la ley con una vigencia en principio limitada, de modo que queda derogada si el legislador no decide expresamente su prórroga sobre la base de una previa evaluación de los resultados obtenidos. Esta modalidad de cláusula de revisión tendría dos características: en primer lugar, crea una “amenaza de derogación” o extinción de la norma que exigiría a aquellos que quieren mantener la vigencia de la medida legislativa adoptada acreditar la necesidad de mantenerla. En segundo lugar, la cláusula provoca la revisión y evaluación periódica de la eficacia y eficiencia de las decisiones legislativas, fomentando las actividades de evaluación *ex post*. Se trata de una técnica que viene empleándose, principalmente, en relación a leyes aprobadas para hacer frente a situaciones coyunturales, evitándose la perdurabilidad en el tiempo de normas que pueden acabar resultando superfluas pero cuya aplicación lleva aparejado un cierto coste económico.

La fórmula *sunset* apareció en la década de los setenta en Estados Unidos como consecuencia de los problemas derivados de la delegación por parte del legislador de poder legislativo en diferentes agencias y organismos reguladores independientes, lo que había dado lugar a un marco normativo extraordinariamente complejo y disperso. Ello afectaba sustancialmente al proceso legislativo y a la propia primacía de los intereses de los ciudadanos a favor del interés de las grandes corporaciones a las que más directamente afectaba la correspondiente regulación(135). Por ello, en dicha década se propuso un límite de

(135) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 4.

vigencia de cinco a diez años para cada ley(136), creándose al mismo tiempo una agencia federal para incrementar el control legislativo por el Congreso sobre dichos organismos a los que había delegado la potestad de elaborar regulaciones. El límite de vigencia tendría como principal fin forzar a la reevaluación ex post de la norma.

Sin embargo, tras una primera etapa en la que la práctica totalidad de Estados habían incorporado la técnica sunset, encabezados por el Estado de Colorado ya en 1976, a partir de los noventa el interés y recurso a la misma disminuyó notablemente por diferentes razones, entre las que se han destacado: el incremento de la carga de trabajo del legislador; el rechazo por parte de los lobbies de dichas fórmulas; la ausencia de criterios adecuados y claros de evaluación; la escasez de tiempo y recursos; y, por último, las excesivas expectativas creadas por dicha figura.

En todo caso, a partir de este siglo y de la presidencia de G.W.Bush se aprecia una vuelta a dicha fórmula, de manera que la mayoría de leyes de especial importancia aprobadas durante aquella incorporan cláusulas sunset. Como ejemplo de ello, puede verse la conocida como *USA Patriot Act* de 2001 (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*). En la sección 224 de la misma se recoge expresamente una cláusula sunset, en virtud de la cual, varias de las disposiciones recogidas en la nueva Ley dejarán de tener vigencia el 31 de diciembre de 2005.

La experiencia de Estados Unidos muestra las dificultades de implantar la fórmula sunset con carácter general y cómo el sistema acaba avanzando hacia su incorporación de manera selectiva a algunas leyes.

Por otro lado, esta fórmula *sunset* no es exclusiva del sistema jurídico norteamericano, sino que también podemos encontrarla en otros sistemas. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico australiano, primero en Victoria y, posteriormente, en la mayoría de territorios e incluso a nivel central se ha acudido a dicha fórmula. Dichas cláusulas

(136) Lowi, T.J., *The end of liberalism. Ideology, policy, and the crisis of public authority*, Norton, Nueva York, 1969, p. 309.

obligan al Parlamento a evaluar si una norma aún está cumpliendo o no con el objetivo de su creación, valorando así la necesidad de su actualización o la ineficacia de su permanencia. Estas cláusulas de vencimiento deben establecer plazos específicos y una metodología para la revisión del vencimiento.

En el territorio de Victoria se aprobó una Ley (*Subordinate Legislation Act*, 1994) por la que se establece que todas las leyes tienen una vigencia limitada a los diez años, de manera que si se pretende mantener dicha vigencia debe procederse a su evaluación. El procedimiento que se emplea es conocido bajo las siglas RIS (*Regulatory Impact Statement*), y suele comenzar un año o año y medio de que se produzca el vencimiento de la norma. La revisión se exige respecto de normas jurídicas que supongan un costo relevante en cualquier sector. Para ello, se tienen en cuenta las siguientes preguntas: ¿Tendrán los negocios, grupos o individuos que gastar fondos económicos o dedicar tiempo para cumplir con las exigencias de la norma, modificar las prácticas actuales o buscar asesoramiento externo para ello?; ¿Se imponen sanciones significativas por incumplimiento?; y ¿Afecta la regulación a los derechos y las libertades individuales? Durante el procedimiento de reevaluación de las normas (RIS) deben desarrollarse las siguientes cuestiones: 1.º Evaluar que la naturaleza y extensión del problema objeto de regulación sigue requiriendo estar regulado; 2.º Evaluar la eficacia real de la regulación vigente; 3.º Acreditar que la respuesta que ofrece la regulación vigente es la mejor solución; y, por último, 4.º Realizar un análisis de costes y beneficios en comparación con un supuesto de hecho o situación que no es objeto de regulación.

Recientemente, la fórmula sunset se ha convertido en el territorio de Victoria en una parte esencial del programa público de reducción de cargas y trámites administrativos (*Reducing Regulatory Burden Initiative*).

Una fórmula similar se ha desarrollado a nivel central, de manera que todas las leyes deben ser revisadas cada cinco años, lo que no implica su pérdida de vigencia salvo que incorporen una cláusula sunset, lo que viene empleándose, sobre todo, en normas que se aprueba en coyunturas extraordinarias (*Legislative Instruments Act*,

2003, y *Australian Government Act*, 2007). Además, se ha creado un organismo encargado de controlar y asesorar en materia de evaluación legislativa, la *Office of Best Practice Regulation* (OBRP), integrado en el Ministerio de Finanzas y Desregulación pero con un alto nivel de autonomía respecto de éste.

Otra fórmula similar, en cierto modo, a la fórmula *sunset* es la de las leyes experimentales. Tal modalidad implica igualmente una exigencia de evaluación de los efectos de la norma en orden a considerar la decisión contenida en la misma como permanente o consolidada y no meramente experimental. Como ejemplo de dichas leyes puede citarse la reforma de la Constitución francesa de 1958 que se realiza en 2003 por la que se introducen las denominadas regulaciones experimentales. Así, el artículo 37 apartado 1 dispone, literalmente, que “*La ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y un fin determinados*”. Junto a dicha previsión, el artículo 72, en lo que se refiere a la organización territorial, establece que “*En las condiciones previstas por la Ley Orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias*”.

Como principal ventaja de dichas técnicas, se ha apuntado que la obligación de los poderes públicos de reevaluar la necesidad de una regulación no dependerá de la voluntad de éstos, sino que viene impuesta por la misma norma, so pena de perder vigencia. Así, si se adopta sistemáticamente, por ejemplo, el uso de cláusulas *sunset* se garantiza una evaluación continua de las normas jurídicas. Sin embargo, también presenta desventajas y entre ellas destaca que se trata de un proceso muy costoso en términos del tiempo que ha de dedicarle el legislador. La inclusión de la cláusula garantiza la evaluación pero también puede ralentizar el trabajo del legislador. Además, tales cláusulas pueden generar incertidumbre en los destinatarios de las normas, no permitiendo crear un clima de confianza en la permanencia de la norma, lo que sería especialmente destacable en aquellos

ámbitos en los que la entrada en vigor de la norma exige cumplir determinados requisitos de adaptación a la misma que supongan importantes inversiones económicas.

Por todo ello, en el Informe Mandelkern al que hemos hecho referencia al analizar la evaluación *ex post* en el marco de la UE, se ha propuesto que las cláusulas de revisión se utilicen sólo en relación a determinadas modalidades de regulaciones, y entre ellas: las aprobadas por un corto espacio de tiempo en respuesta de determinadas situaciones específicas como son las crisis económicas, en las que la necesidad de ofrecer una solución normativa rápida determina habitualmente la imposibilidad de efectuar una evaluación *ex ante* en profundidad; las relacionadas con el avance científico y tecnológico y el principio de precaución, en las que la evolución de la ciencia y la tecnología pueden ofrecer nuevas bases o datos para la revisión de dichas regulaciones; las relacionadas con el estado de la ciencia en la que la evidencia científica puede variar en el transcurso del tiempo, sobre todo, en áreas específicas sujetas a una rápida evolución; y las que tuvieran encaje dentro de lo que se denominan regulaciones experimentales. Por tanto, el recurso a esta técnica debe ser selectivo y no generalizado.

En Inglaterra y Gales, la función de evaluación legislativa recae en la *Law Commission*(137). Este es un organismo independiente creado por el *Law Commissions Act* de 1965 (véase también el posterior *Law Commission Act* 2009). La Comisión tiene como fines asegurar que las normas jurídicas son justas, modernas, sencillas y rentables, encargándose también de codificar las normas, eliminar anomalías, contradicciones y normas innecesarias y reducir en número de normas(138). La Comisión está integrada por cinco miembros elegidos

(137) Puede accederse a toda la información sobre este organismo en <http://www.lawcom.gov.uk>. En Escocia existe un organismo idéntico, *Scottish Law Commission*, pudiendo accederse a sus principales características a través de la web, <https://www.scotlawcom.gov.uk>.

(138) Existe también otra figura vinculada a la evaluación como es la *National Audit Office* (NAO), creada por *National Audit Act* de 1983 y que se instituye en órgano de asesoramiento de la Cámara de los Comunes. Dicha Oficina se encarga tanto del control de la ejecución del presupuesto, con características y funciones similares a las del Tribunal

por cinco años entre Magistrados, abogados y profesores de Derecho por el Lord Chancellor, recayendo la presidencia del órgano en un Juez, bien de la Corte Superior de Justicia (*High Court*), o bien de la Corte de Apelaciones (*Appeal Court*). Dichos miembros reciben el apoyo de un grupo de expertos integrados, entre otros, por veinte miembros de los servicios legales del Gobierno y dos Letrados del Parlamento. La Comisión se divide en una serie de grupos de trabajo, según las diferentes ramas del Derecho, y concretamente en la actualidad está dividido en cuatro: Derecho de la propiedad y familia, Derecho comercial y civil, Derecho penal y Derecho público.

Su función es elaborar informes con sus propuestas que son remitidos al Lord Chancellor, el cual debe informar anualmente acerca de las medidas adoptadas al amparo de las propuestas realizadas por la Comisión. Las preguntas que la Comisión se plantea al redactar sus informes son las siguientes(139):

- ¿Se aplicaron todas las disposiciones?
- ¿Provocó la ley apelaciones significativas o dificultades de interpretación?
- ¿Tuvo la legislación consecuencias legales no deseadas?
- ¿Se alcanzaron los objetivos de política pública?
- ¿Tuvo la legislación consecuencias económicas o de otro tipo no deseadas?
- ¿Es necesario tomar medidas para mejorar su eficacia u operación?
- ¿Cambió el contexto político y legal de manera que ya no es necesaria la ley?

Por tanto, se trata de una fórmula de evaluación de naturaleza pública pero integrada por miembros de perfil técnico y no político que no se limita a evaluar, sino que también propone vías de actuación para

de Cuentas en nuestro sistema jurídico, como de la evaluación de la eficacia de las políticas públicas, aunque siempre desde la perspectiva del gasto público. Sin embargo, dicha institución no efectúa, en sentido, estricto una evaluación de la legislación aprobada por el Parlamento, sino de las políticas públicas que pudieran desarrollarse al amparo de dicha legislación y ello desde la perspectiva del gasto público.

(139) OCDE, *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing, 2012, p. 13.

la mejora del ordenamiento jurídico. Además, a través de la reforma llevada a cabo en 2009, su función se ve reforzada al establecerse la obligación del Lord Chancellor de informar acerca de las medidas implementadas en atención a las recomendaciones de la Comisión, lo que nos permite considerar que la labor de dicha Comisión desde su creación a mediados de los sesenta ha debido ser muy satisfactoria.

En todo caso, la labor de la Comisión se refiere sólo a aspectos legales y técnicos. No contempla la forma como funcionan las leyes en la práctica ni considera cuestiones de política pública. En concreto, se encargan de garantizar que la ley sea lo más justa, moderna, sencilla y rentable posible; realizar investigaciones y consultas con el fin de formular recomendaciones sistemáticas para su examen por el Parlamento; y codificar la ley, eliminar anomalías, derogar leyes obsoletas e innecesarias y reducir el número de normas dispersas.

También se ha incluido una cláusula *ad hoc* de revisión en algunas recientes Leyes aprobadas por el Parlamento británico, y ello, no desde una perspectiva principalmente económica o de costes, sino por la importancia de las consecuencias de la norma para el funcionamiento del sistema político-constitucional del Reino Unido. Así, destaca singularmente la *Fixed Term Parliaments Act, 2011*, por la que se modifica sustancialmente el modelo parlamentario Westminster, en la medida que se incorpora una limitación de la posibilidad de convocar anticipadamente elecciones a la Cámara de los Comunes, bien sea por decisión del Primer Ministro al amparo de su facultad de disolver la Cámara, o bien sea por decisión de la propia Cámara al acordar una moción de censura frente al Gabinete(140). Es una fórmula encaminada a dar estabilidad a un gobierno que necesita el apoyo de dos partidos en el Parlamento. La regla general ahora es, tras dicha reforma del modelo, la de convocatoria cerrada de elecciones cada cinco años, sin posibilidad de convocatorias anticipadas, bien a voluntad del Parlamento, por haber perdido el Gabinete la confianza, bien por decisión del Primer Ministro. La Ley establece, sin embargo, dos excepciones

(140) Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Multipartidismo en el Parlamento británico y reforma del modelo Westminster ¿Un ejemplo (una solución) para nuestro futuro sistema de partidos con representación parlamentaria?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, año 2015, pp. 617-634.

a esta regla general, en virtud de las cuales, se permitiría una elección anticipada: en primer lugar, si la Cámara de los Comunes aprueba una moción para la celebración de elecciones anticipadas por mayoría de, al menos, dos tercios de sus miembros (la Ley añade que incluidos los escaños vacantes) (141). En segundo lugar, si la Cámara de los Comunes aprueba una moción de no confianza en el Gabinete (“*That this House has no confidence in Her Majesty’s Government*”, art. 2.4) y transcurren catorce días sin que se apruebe una moción de confianza en el mismo o en otro Gabinete. En esta modalidad no se exige mayoría reforzada, lo que facilitaría el recurso a la moción de censura, pero exige un periodo de tiempo que permitiera alcanzar un nuevo acuerdo de gobierno sin necesidad de convocar elecciones anticipadas, lo que podría venir provocado por la presión de la opinión pública. Se trata, como puede verse, de una reforma de gran calado constitucional que altera la naturaleza del parlamentarismo británico(142), siendo la moción de confianza y no confianza, como ha declarado la propia Cámara de los Comunes, los dos instrumentos procedimentales más importantes del modelo Westminster(143).

Pues bien, la citada norma dispone que la reforma queda sujeta a una reevaluación en 2020. El mismo *Act* prevé en su Sección 7 que el Primer Ministro habrá de conformar entre junio y noviembre de 2020 una comisión, integrada principalmente por miembros del Parlamento, que evalúe los efectos producidos por la norma y formule las

(141) La Ley establece de manera expresa que formalmente la moción deberá expresarse en los siguientes términos: “*That there shall be an early parliamentary general election*” (art. 2.2).

(142) Algún autor, sin embargo, considera que dicha reforma no tiene tal trascendencia constitucional y se trata de un mero cambio más de un sistema constitucional como el británico que se reelabora paso a paso. Así, Young señala que “*The UK’s constitution has evolved over time, building on and replacing the ‘old timbers’ of statutes, common law, conventions, non-legally enforceable rules, prerogative powers, practices and principles that make up our more loosely constructed (and some would argue leaking) constitution. In one sense, the recently enacted Fixed-Term Parliaments Act 2011 is a small timber replacement*”. Vid. YOUNG, A., “*Fixed-Term Parliaments and Neurath’s Ship*”, 2011. Puede accederse a dicho artículo a través de la página web, www.ukconstitutionallaw.org.

(143) TURPIN, C., *British Government and the Constitution*, 5.^a Ed., Butterworths, Londres, 2002, p. 487. Véase, también, el informe *Confidence Motions*, elaborado por Richard Kelly para la Cámara de los Comunes en fecha 13 de mayo de 2013 (página 3). Puede accederse a dicho informe, a través de la página de la Cámara de los Comunes, en www.parliament.co.uk.

correspondientes propuestas. Esta previsión de revisión se incorporó mediante una tardía enmienda ante los recelos de los Lores al cambio que dicha norma suponía en el modelo constitucional británico, habiendo éstos propuesto que el *Act* fuera ratificado por cada nuevo Parlamento entrante. El acuerdo entre los Comunes y los Lores para salvar dicha propuesta de éstos últimos que los Comunes no querían aceptar concluyó con dicha propuesta de revisión en 2020(144). Por ello, algunos autores han apuntado que dicha reforma no responde a un nuevo modelo parlamentario sino a una necesidad que surge al amparo de la coalición de gobierno de manera que ante un futuro escenario de gobierno de mayoría su necesidad habrá de decaer(145).

En todo caso, el ejemplo que acabamos de citar no es una excepción, ya que, precisamente, a partir de 2011, las cláusulas específicas de revisión incorporadas a la legislación son ya muy habituales, habiéndose estimado que entre dicho año y 2013 se han incluido en más de ciento cincuenta normas, incluidas leyes, reglamentos y ordenanzas. Las cláusulas de caducidad son obligatorias para todos los nuevos actos legislativos que constituyen una carga regulatoria para las empresas o las organizaciones de la sociedad civil desde abril de 2011. Si un acto no se evalúa, caduca, se convierte en inválido(146).

Por lo que se refiere a Europea continental no puede hablarse, propiamente, de un modelo institucionalizado de evaluación legislativa, con alguna excepción. Entre éstas destaca Francia, donde ha existido un modelo institucionalizado de evaluación a través de la oficina parlamentaria de evaluación legislativa (*Office Parlementaire d'Évaluation de la Législation*), creada en 1996 mediante la Ley 516/1996, de 14 de junio, que modificó la Ordenanza núm. 58/1100, de 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las Asambleas Parlamentarias. Dicha Oficina tiene como función la de recabar

(144) KELLY, R., GAY, O. Y WHITE, I., *Fixed-term Parliaments Act 2011*, SN/PC/6111, 16 de octubre de 2014, p. 5. Puede accederse a dicho informe, a través de la página de la Cámara de los Comunes, en www.parliament.co.uk.

(145) Vid. *The role and powers of the Prime Minister: The impact of the Fixed-term Parliaments Act 2011 on Government*, House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, Fourth Report of Session 2013–14, p. 9.

(146) VVAA, *Expert report on the implementation of ex-post evaluations*, Prognos, Berlín, 6 de diciembre de 2013, p. 36.

información y realizar estudios para evaluar la adecuación de la legislación a las situaciones que constituyen su objeto y se encuentra integrada por dos delegaciones, una en la Asamblea Nacional(147) y la otra en el Senado(148). Están integradas por el Presidente de la Comisión de Leyes de la Cámara y por catorce miembros más, uno por cada una de las Comisiones permanentes existentes en las Cámaras y otros ocho designados por los grupos parlamentarios, atendiendo a su número de escaños. La actuación de la Oficina se produce a petición de las mesas de la Cámara o de una Comisión permanente o especial. La labor de la Oficina ha sido, sin embargo, bastante escasa, habiéndose traducido en tres informes, lo que puede explicarse, siguiendo a PARDO FALCÓN(149), por las propias características político-constitucionales del régimen instaurado por la V República, sobre todo, tras la reforma de 1962(150), en el que el Parlamento

(147) Puede obtenerse más información en la web de la Asamblea Nacional, en <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/office-legislation.asp>.

(148) Puede obtenerse más información en la web de la Asamblea Nacional, en <http://www.senat.fr/commission/legislation/>.

(149) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, p. 95. Los informes han versado sobre materias diversas: uno sobre “el ejercicio de la acción civil por las asociaciones” (1999); otro sobre la “legislación aplicable en materia de prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas” (2001); y el último, en fecha reciente, sobre las “autoridades administrativas independientes” (2006).

(150) El nuevo modelo de gobierno instaurado por la V República seguía en sus inicios aproximándose más a la forma parlamentaria, recogiendo más elementos propios de este modelo que del presidencialista. Será en 1962, al convocar De Gaulle un referéndum para la reforma de la Constitución de 1958, cuando el modelo alcance la configuración definitiva con la que ha existido hasta finales de la década pasada. En dicho referéndum que se hizo, en cierto modo, al margen de la legalidad, ya que el General acudió al referéndum previsto en el artículo 11 de la Constitución, no para reformas constitucionales, sino para la aprobación de leyes, se consultó al pueblo acerca de la conveniencia de introducir en el modelo la elección directa del Presidente de la República, o lo que viene a ser lo mismo, fortalecer la legitimidad y poder del Jefe del Estado, aproximando el modelo más a la forma presidencialista, lo que era, precisamente, la pretensión del General. La personalidad del General tuvo una gran influencia tanto en la configuración del modelo como en su éxito. Si el primer presidente de la Quinta República hubiese sido una personalidad insignificante como algunos presidentes de las Repúblicas anteriores, las cosas hubiesen sido ciertamente diferentes. Sin embargo, no por ello puede atribuirse a la sola personalidad del General de Gaulle el refuerzo del poder presidencial que se desarrolla bajo la Quinta República. Vid. BON, P., “La Constitución de la Quinta República cumple cincuenta años”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, p. 50. El propio Consejo

ocupa una posición algo diluida por los poderes, sino prevalentes, sí bastantes notables del Poder Ejecutivo bicéfalo, integrado por el Presidente de la República y el Primer Ministro.

La citada fórmula institucionalizada fue, sin embargo, suprimida en 2009 mediante la Ley 689/2009, de 15 de junio, de reforma de la Ordenanza núm. 58-1100 de 17 de noviembre de 1958, sobre el funcionamiento de las Asambleas Legislativas(151), pasando su funciones al Comité de Evaluación y control de las políticas públicas(152). Tal modificación deriva de la propia reforma del artículo 24, párrafo 1, de la Constitución de 1958 que ahora queda redactado en los siguientes términos: “*El Parlamento votará la ley. Controlará la acción del Gobierno. Evaluará las políticas públicas*”. Las normas que rigen el Comité se establecen en los artículos 98-1 y 146-2 a 146-7 del Reglamento de la Asamblea Nacional. El Comité está presidido por el Presidente de la Asamblea Nacional y también incluye treinta y seis miembros designados de manera que se asegure la representación proporcional de los grupos políticos y la representación equilibrada de las comisiones permanentes. En cuanto a sus funciones de evaluación, se podrá llevar a cabo, por iniciativa propia o a petición de una comisión permanente. Cada grupo parlamentario puede elegir libremente un estudio de evaluación de un año y, en segundo lugar, cada tema está cubierto por dos ponentes, incluyendo uno de la oposición. Sin embargo, de la lectura íntegra de sus funciones se deduce que se trata más de un órgano de

Consultivo fue consultado acerca de la constitucionalidad de tal convocatoria, como consecuencia del recurso previo inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Senado. Sin embargo, la Corte Constitucional, quizás para no contradecir el gran apoyo popular que recibía la reforma, optó por considerar que no cabía control de constitucionalidad de lo que, a la postre, era una ley aprobada directamente por el pueblo. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, mayo-diciembre 2008, p. 25. Vid., también, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y CORREAS SOSA, I., “Cincuenta años de presidencialismo en Europa: la evolución del semipresidencialismo de la V República francesa”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84. Especial L Aniversario, año 2011, pp. 379-402.

(151) Diario Oficial de 16 de junio de 2009.

(152) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ...*, *op. cit.*, p. 189.

evaluación de políticas que de normas y que gran parte de sus facultades vienen vinculadas más a la evaluación ex ante que a la ex post(153).

Otra excepción dentro del derecho continental es Suiza. En dicho Estado existe una previsión constitucional acerca de la evaluación legislativa. El artículo 170 de la Constitución de Suiza dispone “*El Parlamento federal garantizará la eficacia de las medidas adoptadas por la Confederación*”. Pese a la previsión constitucional, la evaluación legislativa se desarrolló inicialmente tan sólo a nivel cantonal y no federal. Entre los Cantones destaca el de Ginebra con la *Commission externe d'évaluation des politiques publiques* (CEPP), creada en 1995. La Comisión está integrada por dieciséis miembros elegidos por el Ejecutivo del Cantón, previa consulta del Legislativo, entre personas con reconocida experiencia en el ámbito de la gestión económica y política por un periodo de ocho años, sin posibilidad de reelección. La Comisión propone, a través de sus informes, una serie de recomendaciones y medidas correctoras, debiendo el Ejecutivo informar al Legislativo, al menos, anualmente, de las medidas adoptadas en consonancia con dichas propuestas(154).

A partir de 2004, el Consejo Federal sí ha establecido un procedimiento de evaluación legislativa, recayendo la obligación de desarrollarlo sobre las diferentes agencias federales, las cuales, anualmente, deberán elaborar una estrategia de evaluación. También se prevé la participación del Parlamento, a través de una unidad especializada (*The Parliamentary Control of the Administration*), la cual tiene competencia para llevar a cabo sus propias evaluaciones y para controlar y supervisar las que desarrollan las diferentes agencias federales. Igualmente, participa en dicho procedimiento la Oficina Federal de Auditoría (*The Swiss Federal Audit Office*), sobre todo, respecto de aquellas políticas públicas que tengan una significativa implicación

(153) Puede accederse a más información sobre este Comité en la página web de la Asamblea Nacional, en [http://www2.assemblee-nationale.fr/14/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/comite-d-evaluation-et-de-controle-des-politiques-publiques/\(block\)/26197](http://www2.assemblee-nationale.fr/14/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/comite-d-evaluation-et-de-controle-des-politiques-publiques/(block)/26197).

(154) Vid. KELLERHALS, C., “La evaluación legislativa en el Cantón de Ginebra: el costo de la Comisión Externa de Evaluación de Políticas Públicas (CEPP)”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 123 a 134.

financiera. Sin embargo, la realidad muestra en Suiza que no todas las agencias siguen con la misma rigurosidad la exigencia de evaluación. Son aquellas que desarrollan políticas y regulaciones que inciden en el ámbito de la energía, el medio ambiente o de la salud las que más fielmente cumplen con su obligación.

En Suiza también se recurre con frecuencia al uso de cláusulas específicas de evaluación ex post en las normas. No existe una disposición general sobre las cláusulas de extinción, es decir, no han de incorporarse a todas las normas que se aprueben, pero sí se establecen unos criterios para determinar si se incluyen o no, según señala el Manual de redacción de la legislación suiza (*Bundesamt für Justiz* 2007): normas que aborden problemas que puedan resolverse mediante otras medidas después de un cierto período; normas con un alto grado de incertidumbre en cuanto a sus efectos probables; y normas con alto impacto fiscal(155).

Por el contrario, en Estados como Alemania e Italia no ha existido un modelo institucionalizado de evaluación ex post. Por lo que se refiere a Alemania, se ha apuntado que ello puede resultar un tanto sorprendente en un país que ha estado a la vanguardia de la Ciencia Política y el Derecho Público desde la segunda mitad del siglo XX, pudiendo encontrarse su explicación en la existencia de una serie de procedimientos muy asentados de evaluación ex ante que desembocan en informes que suelen tener después una notable influencia en la fase de implementación de la ley. También desde finales de los años setenta el Parlamento alemán ha introducido en bastantes leyes la exigencia de que la Administración informe sobre su cumplimiento, existiendo en la actualidad la tendencia a efectuar evaluaciones muy selectivas en el propio ámbito parlamentario sobre políticas experimentales de especial relevancia pública que han tenido la correspondiente plasmación legal. Dichas evaluaciones suelen ser generalmente externas, a través de contratos con centros universitarios o entidades privadas. También es destacable en este ámbito el papel que ha jugado el propio Tribunal Constitucional Federal y así, avanzando un paso más respecto de lo que tradicionalmente viene considerándose el juicio sobre la

(155) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 15.

constitucionalidad de la ley, ha emplazado en ocasiones al legislador a corregir los textos legales si las previsiones u objetivos sobre las que se justificaba una concreta regulación no se han verificado, así como a recoger y analizar sistemáticamente los datos necesarios para la evaluación de los efectos producidos por la leyes (véase, por ejemplo, la Sentencia de 23 de mayo de 1993, sobre la Ley de interrupción del embarazo, también ya reseñada). En cuanto a Italia, se señala que dicha ausencia suele achacarse tanto a la relativa opacidad en el que se desenvuelve la actuación de la Administración, con la consiguiente ausencia de una cultura de la responsabilidad directa de los funcionarios en el desempeño de su gestión, como al predominio del análisis exclusivamente jurídico de las leyes en detrimento del muy distinto de la evaluación de sus resultados(156).

La situación ha cambiado parcialmente en Alemania en la última década. Después de las elecciones parlamentarias de septiembre de 2009, con la llegada al poder de la coalición gubernamental compuesta por la Unión Demócrata Cristiana, la Unión Social Cristiana y el Partido Liberal, en su acuerdo de coalición, las tres partes anunciaron planes para mejorar el uso de las cláusulas de extinción para las leyes federales(157). Y más tarde, en 2013 la Comisión de Secretarios de Estado aprobó una resolución de reducción de la burocracia de 23 de enero de 2013, por la que aquellas normas cuyos costos anuales excedan de un millón de euros de costes materiales para los ciudadanos, negocios y poderes públicos o 100.000 horas de tiempo, deben quedar sujetas a una evaluación ex post de tres a cinco años después de su entrada en vigor, correspondiéndole al Ministro responsable determinar el procedimiento de revisión a implementar en cada caso. Sin embargo, tal reforma se ha considerado algo ambigua porque no propone ninguna fórmula específica de evaluación ex post, sino el mero deber ministerial de implementar la misma cuando concurren dichos requisitos vinculados al costo esperable derivado de la norma(158).

(156) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, p. 91.

(157) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 18.

(158) VVAA, *Expert report on the implementation of ex-post evaluations*, Prognos, Berlín, 6 de diciembre de 2013, p. 11.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE IDEAS PARA LA INSTAURACIÓN DE UN MODELO DE EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Tras el análisis de la figura, sus características y fines principales y de cuál ha sido su evolución en el Derecho de la UE y en el Derecho comparado procedemos a realizar, si bien no una propuesta específica de evaluación ex post, sí al menos proponer algunas de las ideas vehiculares que entendemos que pudieran informar el desarrollo de un sistema efectivo de evaluación ex post de nuestras normas más allá del genérico y demasiado poco ambicioso modelo que se incorpora en las ya citadas y comentadas Leyes 39 y 40/2015.

Nuestra propuesta vamos a formularla a través de la respuesta a las tres preguntas más comunes que, como hemos ido viendo, se hacen en este ámbito como son las de qué, quién y cómo.

En cuanto a la primera, la experiencia de Derecho comparado y, atendidas las características de un sistema jurídico como el nuestro entre las que destacan su complejidad, derivada en gran medida de la forma de organización territorial descentralizada, y por la gran profusión de normas, derivada especialmente por el desarrollo efectivo de un Estado social, entendemos que resultaría más oportuno optar por un modelo específico que imponga la evaluación ex post respecto de algunas normas en función de determinadas características y no por un modelo general de evaluación, al menos, en una primera fase de implantación. Y a tales efectos, el recurso a las cláusulas de extinción (cláusulas *sunset*), a las leyes experimentales o cualquier otra fórmula que pudiera proponerse de exigencia de evaluación no generalizada sino particular de algunas normas entendemos que sería el más adecuado. Iniciar un procedimiento generalizado de evaluación permite fácilmente aventurar que sería una empresa llamada al fracaso o, al menos, a provocar evaluaciones ex post meramente formales o superficiales, lo que a su vez provocaría que la figura se desarrollara bajo el absoluto desdén y desentendimiento de la opinión pública o, peor aún, bajo su desconfianza y rechazo.

Sin perjuicio de ello, lo que sí debería establecerse previamente, aunque la fórmula fuera específica, a través de norma es una descripción o lista de supuestos en los que la correspondiente ley debiera de quedar sujeta a evaluación ex post, con unos plazos también predeterminados en función de dichas características, sin perjuicio de recoger una cláusula general que permita que la evaluación pueda exigirse si concurren circunstancias que así lo recomendaran al margen de los supuestos preestablecidos.

La previa descripción de supuestos no impediría que, a iniciativa de la Cámara o del Gobierno, pudiera desarrollarse la evaluación ex post de normas que no cumplieran con tales características pero que una vez que han entrado en vigor se apreciara la conveniencia de hacerlo. Incluso, podría mostrarse como muy oportuno incluir una modalidad de iniciativa evaluadora popular, en virtud de la cual, por petición de un número de firmas se solicitara evaluar ex post una norma en la que no estuviera preestablecido o, en su caso, anticipar la fecha en la que tendría efecto dicha exigencia. Ciertamente, dicha figura en cierto modo existe a través de la propia iniciativa legislativa popular que no sólo opera como impulsora de regulaciones en ámbitos que carecen de ella, sino también de la modificación o derogación de normas ya existentes(159). Sin embargo, se trataría de dos figuras conexas pero diferentes ya que si bien la legislativa tendría por objeto aprobar o derogar una norma

Además, en el caso de la iniciativa meramente evaluadora, y dados los términos y objeto de la propuesta, no tendrían por qué operar todas las exclusiones que se recogen en el artículo 87 de la Constitución, in fine, y el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, salvo las de carácter internacional y las referentes a la prerrogativa de gracia. Además, no sería necesario, conforme exige el artículo 3.2 incorporar a la iniciativa un texto articulado de la proposición de Ley precedido de

(159) Véase, la reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, iniciativa ésta que bajo de la denominación literal de Proposición de Ley sobre reclamación de deudas comunitarias fue subsumida en otra iniciativa, Proposición de Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

una exposición de motivos, aunque sí una explicación de las razones o elementos que pudieran recomendar la evaluación de la norma.

En similares términos, tampoco creemos que la figura que proponemos pueda solaparse con el derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la Constitución y desarrollado por Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. Los términos en lo que se formula éste son excesivamente amplios y, por ende, ambiguos como para propiciar que el mismo pueda dar lugar a la efectiva participación de los ciudadanos en el impulso de la evaluación ex post. Y ello, sin olvidar que, pese a que la citada Ley Orgánica se exprese en términos muy amplios a la hora de definir ante quiénes puede ejercerse el derecho (Art. 2: El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración, o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta) y a cuál es su objeto (art. 3: Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general)(160), las peticiones dirigidas a las Cámaras quedan sujetas a su propio régimen jurídico. Así resulta de la previsión contenida en el artículo 77 de la Constitución que la propia Ley Orgánica 4/2001 plasma en su artículo 8 cuando dispone que no se admitirán las peticiones cuya resolución deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, ni aquellas sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario ya iniciado y en su Disposición Adicional Primera que señala que las peticiones dirigidas

(160) Véase también la doctrina del TC y, especialmente, la Sentencia 242/1993 en cuyo FJ 1.º dice que “el concepto residual, pero no residuo histórico, cumple una función reconocida constitucionalmente, para individualizar la cual quizá sea más expresiva una delimitación negativa. En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o un recurso ante el judicial, como tampoco una denuncia, en la aceptación de la palabra ofrecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal o las reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración en sus diversos sectores”.

al Congreso de los Diputados, al Senado o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se tramitarán de conformidad a lo establecido en sus respectivos Reglamentos(161), aunque admitiendo que en los supuestos en que una iniciativa legislativa popular haya resultado inadmitida por no cumplir con todos los requisitos previstos en su normativa reguladora, a petición de sus firmantes podrá convertirse en petición ante las Cámaras, en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.

Entre los supuestos preestablecidos que determinarían la exigencia de evaluación ex post de la norma podrían incorporarse, entre otros, los que vinieran referidos a un criterio meramente económico, atendido determinado importe de gasto previsto, al impacto que pudiera tener la norma en la competencia y libertad de empresa, siguiendo lo que ya dispone la implementación en nuestro ordenamiento interno de la Directiva de Servicios, el grado de incertidumbre desde la perspectiva del avance científico o tecnológico y también aquellas normas en las que haya podido alcanzarse menos consenso político. Junto a estos criterios que ya han ido comentándose a lo largo de este trabajo, alguno más a incluir serían el de aquellas normas que promuevan cambios que afecten al modelo político-constitucional o que supongan innovaciones en el mismo, como pueden ser experiencias de reforma del sistema electoral, de la organización territorial o de las instituciones básicas. Por último, también podría mostrarse como un criterio oportuno el de aquellas normas que puedan insertarse dentro del fenómeno de la huida del Derecho público, es decir, en términos más específicos, aquellas propuestas normativas que aboguen por introducir estructuras, métodos o herramientas propias del Derecho privado en la prestación de servicios tradicionalmente públicos que derivan del principio de Estado social, como serían las nuevas formas de gestión en el área del derecho a la asistencia sanitaria o a la asistencia social.

En cuanto a la segunda pregunta, consideramos más adecuado hacer residir el mayor grueso de la evaluación ex post en el propio

(161) Vid. arts. 49 del Reglamento del Congreso y 192 y siguientes del Reglamento del Senado. Véase, también, Norma interpretativa de la Presidencia del Senado de 10 de octubre de 1984 (BOCG 11-X-1984).

Parlamento. No ignoramos que precisamente las normas emanadas del Parlamento son muy inferiores en número a las emanadas del Gobierno, pero tampoco debemos olvidar que la operatividad en nuestro sistema jurídico del reglamento independiente es mínima y que, en su gran mayoría, los reglamentos se dictan en desarrollo de la ley de manera que el control de ésta debe incorporar el de aquéllos.

Si uno de los fines, sino inmediatos, sí mediatos de la evaluación *ex post* es la mejora de nuestra democracia a través de la depuración y mejora del ordenamiento, contando con la participación de los ciudadanos para amortiguar, junto a otras medidas de diferente índole, el actual estado de desafección hacia las estructuras institucionalizadas de la democracia representativa, ello exige convertir al Parlamento en la sede central de la evaluación. Ello no significa excluir al Gobierno y a sus diferentes departamentos ministeriales de tal labor. Antes al contrario, se trataría de una labor bajo la dirección del Parlamento pero contando con la efectiva colaboración del Gobierno. Así, la evaluación *ex post* cumpliría también, siguiendo criterios técnicos, un fin de control del propio Gobierno de naturaleza diferente al control que se lleva a cabo en el Pleno y también de contenido algo distinto al que se lleva en las Comisiones. La participación del Gobierno no se limitaría a dar cuenta del cumplimiento de sus funciones en la aplicación y desarrollo de la ley, sino que además debería colaborar suministrando los elementos más técnicos (encuestas, estudios, dictámenes) para facilitar la evaluación. Tal participación del Gobierno también operaría en sentido contrario, ya que permitiría al propio Gobierno trasladar al Parlamento los problemas que hayan podido derivarse de un eventual compromiso parlamentario que hubiera, por ejemplo, alterado las pretensiones iniciales del Gobierno a la hora de impulsar el procedimiento legislativo y presentar el correspondiente proyecto de ley ante la Cámara. Se trataría por tanto de un control con dos direcciones.

En contra de un perfil exclusiva o excesivamente político del mecanismo de evaluación, como el que acabamos de proponer, podría esgrimirse el fracaso del modelo francés, el cual solamente ha emitido tres informes en más de un década. Ello da buena cuenta de cómo mientras mayor es el perfil político del órgano de evaluación menor es su capacidad evaluadora hasta convertirse en casi inoperante, lo que

no resulta difícil de explicar si se tiene en cuenta la natural resistencia de la mayoría política a ser objeto de un control crítico sobre la eficacia de las medidas legislativas promovidas por ella. Además, si en la configuración del órgano se atiende a la mayoría parlamentaria, como se hace en Francia, es difícil que se consiga un verdadero control, cuando dicha labor de comprobación de la eficacia y eficiencia de la labor legisladora reviste interés, sobre todo, para la oposición parlamentaria como instrumento de control del gobierno y, por ende, de la mayoría que soporta al mismo. Como señalado, poco interés tendría dicha forma de control, cuando dicha evaluación política es tarea que en el ámbito parlamentario corresponde desempeñar a la oposición a través de los procedimientos de control del Gobierno.

Sin embargo, sin dejar de ser interesante la experiencia francesa, la opción por un modelo de naturaleza eminentemente política aunque ajustado a una metodología más técnica como es el modelo británico también ha mostrado su éxito y creemos que puede cumplir mejor los fines que se persiguen a través de la evaluación ex post. Además, dicho modelo político generaría mayor impacto en la opinión pública que el frío y neutral modelo técnico-funcionarial, lo que promovería la participación ciudadana. También se corresponde el que proponemos con un modelo más transparente.

En relación a la misma pregunta de quién habría de llevar a cabo la dirección de la evaluación ex post, cabría también plantearse si dicho cometido se asignaría a un órgano ad hoc, véase, una comisión con la función específica de evaluar las normas ex post o bien a la correspondiente comisión permanente. A favor de la primera opción podría argumentarse que ello haría factible integrar en la comisión a personas con perfil técnico y no político. Sin embargo, también entendemos que es preferible atribuir la dirección a la segunda propuesta, ya que precisamente la gran mayoría de las leyes tienen el grueso de su tramitación (o su tramitación en exclusiva) en la correspondiente comisión, la cual además permite a sus integrantes adquirir unos conocimientos y sensibilidades específicas en cada materia. No optaríamos por tanto por un modelo público e institucionalizado de evaluación legislativa atribuida a un órgano ad hoc, nombrado por el Parlamento e integrado por personal especializado o con composición mixta, políticos y téc-

nicos, sino por ampliar las competencias de la Comisión, sin perjuicio de las funciones y potestades que siempre conserva el Pleno.

En cuanto a la tercera cuestión, el Derecho comparado ofrece diferentes propuestas que podrían incorporarse a nuestro modelo. La fórmula del check list sirve como guion o esquema de la evaluación ex post, pero si optamos por una fórmula ad hoc, es decir, específica de evaluación que no involucre a todas las leyes sino a algunas, es cierto que en cada caso sería interesante seguir, si bien una metodología similar, no idéntica.

Para concluir, simplemente destacar la importancia que en este nuevo modelo debiera darse a la participación ciudadana y de las partes interesadas. Las partes interesadas pueden proporcionar información práctica sobre problemas y soluciones y ayuda a difundir los resultados. Otro aspecto relevante del modelo es la disponibilidad pública del informe. Esto permite el escrutinio externo y el uso de las percepciones de las partes interesadas, lo que aumenta el impacto de una evaluación en el ciclo de regulación(162).

(162) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.