

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

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

Profesor Propio Adjunto, Derecho Constitucional

UPComillas (ICADE)

fmontalvo@comillas.edu

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

ÍNDICE: 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 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

SUMARIO: 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 legislativa¹ y que promueven una mejora de la regulación² o de la denominada buena

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, 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.

regulación o regulación inteligente³. Como señala, literalmente, el propio Real Decreto 1083/2009, de 3 de 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, “*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. Sus raíces se inspiran en 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 impactos⁴. 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 trata de facilitar la iniciativa empresarial, eliminando o reduciendo las cargas administrativas superfluas o injustificadas, y exigiendo una motivación adecuada en la elaboración y formulación de cualquier norma, asociada a una evaluación de su impacto en la realidad, principalmente en términos económicos y sociales⁵.

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 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 tan sólo con declarar y reconocer normativamente las libertades individuales, sino que está obligado a garantizar en el terreno de los hechos su efectividad. 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 fundamentales⁶. 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

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 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 números gobiernos y organizaciones internacionales, destacando la OCDE y la UE. 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. 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. Vid. CABALLERO SANZ, F., “La evaluación en la Unión 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.

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

acierto o eficacia⁷, 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 objetivos⁸.

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, siendo el efectivo desarrollo de la rendición de cuentas 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 de Evaluación de la Comisión de 2004, la rendición de cuentas fue el principal objetivo de la evaluación ex post⁹. En nuestro marco constitucional, la evaluación derivaría también, como rendición de cuentas, del propio tenor del artículo 135 CE, 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 legislativa¹⁰.

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 repercutirá en una mejor labor legislativa, tanto más en una época en que las reformas de las leyes se suceden a ritmo, si no vertiginoso, cuando menos rápido¹¹.

Incluso, 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 público¹². Más aún, pudiera servir como instrumento para facilitar el consenso en este nuevo panorama de parlamentos fragmentados 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. Ello ofrece un menor margen para la negociación política. Si la ley no es ya la

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.

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.

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 conflicto¹³, 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.

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 sean materialmente adecuadas¹⁴. Para tal fin surge, la evaluación ex post de las normas, constituyendo ésta, además, un elemento clave de la estrategia de la UE en materia de regulación inteligente¹⁵. Una norma será de calidad cuando sea conforme con los siguientes principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, transparencia, responsabilidad y eficacia¹⁶, 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, casi todos los trabajos doctrinales sobre la evaluación se han centrado en el estudio de los trámites que los poderes públicos deben realizar antes de establecer la correspondiente regulación, y no en el de los que deberían llevarse a cabo después¹⁷.

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. 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 relevantes¹⁸. 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. Nuestro Tribunal Constitucional ha asumido una versión formal de la técnica legislativa, sin exigir una calidad material a las leyes que son objeto de enjuiciamiento. 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 de calidad sería una forma de garantizar el principio de seguridad jurídica. Y pese a que la Ley de acompañamiento sea 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

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

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 98.

¹⁸ *Ibidem*, p. 103.

150/1990)¹⁹. 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 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)²⁰. Un examen desde la corrección técnica podría alterar el sistema de pesos y contrapesos recíprocos entre el Tribunal Constitucional y el legislador, no existiendo, además, un canon de control de la constitucionalidad desde dicha perspectiva de la calidad en la medida que no lo existe desde una perspectiva material²¹.

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 sorpresas²². Y si la seguridad jurídica ostenta tal posición estelar, 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 de cognoscibilidad, sino también que el Derecho tenga eficacia. Esta es importante para que exista confianza en el propio Derecho²³, 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 puede determinarse que es eficaz, lo que se vincula con 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. Así, 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)²⁴. En la STC 46/1990 (FJ 4) declara que la exigencia del artículo 9.3 CE 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. En la STC

¹⁹ 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.

²⁰ GARCÍA-ESCUADERO 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.

²¹ GÓMEZ CORONA, E., *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, p. 133.

²² 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.

²³ ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 44.

²⁴ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, op. cit., p. 18.

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 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)²⁵.

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 fines²⁶. 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 heredado²⁷. 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

²⁵ 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. 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.

²⁶ JUAN LOZANO, A.M., "La racionalidad de las leyes: una aproximación a los presupuestos de calidad de las normas y paradigmas para el desarrollo de investigaciones centradas en la creación del Derecho", en PIÑA GARRIDO, L. (Coord.), *La calidad jurídica de la producción normativa en España*, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 30/09, p. 254.

²⁷ 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.

a cabo²⁸. Ello supone una propia superación del propio Derecho como Ciencia, habiéndose centrado históricamente en la aplicación e interpretación de las normas, y poco en su elaboración. Los paradigmas clásicos 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 legal²⁹. 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 de su control judicial) y una preocupación por las aportaciones del Derecho a la buena gestión pública. De ahí que la calidad normativa se vincule a los modernos conceptos de gobernanza y buena administración³⁰.

La evaluación *ex post* completa, pues, la exigencia de evaluación *ex ante* de las normas, 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 siglo³¹, 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 lograrse a través de la misma y lo que no es nada desdeñable, su impacto económico³².

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. Ahora se promueve también velar por la calidad sustantiva de las normas, su corrección funcional. 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, de los impactos que la norma tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y empresas. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser racionales, eficaces, eficientes, no discriminatorias, proporcionadas, y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo³³.

²⁸ 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.

²⁹ PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas? ...”, *cit.*, p. 204.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Internat. Univ.-Verlag, Tübingen, 1949, p. 20.

³² 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; 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 las 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.

³³ PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 208.

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 normativos³⁴. 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 aprobadas³⁵. 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 real³⁶.

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 revisión. El enfoque se desplaza ahora hacia la evaluación ex post³⁷.

Se trata de dos figuras que se insertan dentro de la denominada técnica legislativa que constituye una preocupación relativamente moderna, aún cuando cuenta con precedentes históricos que se remontan muchos siglos atrás³⁸. Y así resulta interesante detenerse en la Disposición Adicional Primera del Código Civil que 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 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. Ya en un trabajo de finales de siglo XIX se mencionaba la utilidad de la experimentación en materia de legislación. Así, Jevons 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, sometiéndola a la prueba de la realidad y evaluando sus efectos tanto empíricamente como estadísticamente³⁹.

³⁴ MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 335.

³⁵ PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 204.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation. Blessing or curse for innovation*, Koninklijke Wöhrmann B.V., Tilburg, 2014, p. 23.

La evaluación ex ante trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos 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 desuso⁴⁰.

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, 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 norma⁴¹.

2. Concepto de evaluación legislativa ex post

La evaluación legislativa ex post es el procedimiento por el que se verifica cuáles son los 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. Tal evaluación 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 sistemático⁴².

Por evaluación legislativa ex post también puede entenderse 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 vigor⁴³. Es decir, determinar si una norma es eficaz para el cumplimiento de los fines que se había propuesto a través de un cauce formal. También ha sido definida como el procedimiento técnico o científico que estudia los efectos de la ley para establecer relaciones de causalidad útiles para el legislador, como proceso de aprendizaje continuo, en el que se permite asegurar la capacidad del legislador de dar respuesta a la realidad social⁴⁴. A través de la misma se pretende determinar si el marco regulatorio en vigor alcanzó los objetivos deseados, si la aplicación de la ley o la regulación fue lo suficientemente eficiente y eficaz, y en qué medida cualquier impacto esperado o no de la intervención regulatoria se abordó de manera adecuada en el momento de concebir el instrumento normativo. El legislador puede aprender de sus errores y que las normas no sean consideradas como entidades autónomas al margen de sus efectos en la realidad social.

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

⁴⁰ VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 186, septiembre-diciembre 2011, p. 108.

⁴¹ MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

⁴² GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, *op. cit.*, pp.184 y 185.

⁴³ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁴ MADER L., *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausana, 1985.

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 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 instituye un deber de evaluación sin sujeción a plazo ni a procedimiento alguno. El sistema debe estar integrado por tres elementos básicos: subjetivo (órgano o institución encargada de la evaluación), objetivo (procedimiento a 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 perseguían⁴⁵. 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. 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 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, las políticas públicas son la expresión de la puesta en funcionamiento de las previsiones recogidas en una norma, de manera que, a través de la evaluación de políticas públicas puede satisfacerse, al menos, indirectamente, la de las normas. 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 políticos⁴⁶. Por ello, en algunos modelos de Derecho comparado se han desarrollado procedimientos institucionalizados de evaluación de ambas. 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

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

⁴⁶ SANZ PÉREZ, A.L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, cit., p. 32.

públicas y los que concurren en la calidad técnico-formal de las normas⁴⁷. La evaluación, para resultar eficaz, debe operar sobre el conjunto de instrumentos normativos y operativos asignados para la ejecución de la una decisión parlamentaria, no debiendo aislarse la evaluación de una ley, sino incluir en el examen también la normativa de desarrollo reglamentario y las asignaciones presupuestarias⁴⁸.

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. 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 se han cumplido o no. Entre ambas evaluaciones 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 que se producen y por el hecho de que una es prospectiva y la otra retrospectiva. 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 completo⁴⁹. 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, etc⁵⁰.

Por último, tampoco entrarían dentro del concepto las que se realicen al margen de procedimientos previamente institucionalizados y de los propios poderes públicos, tales como puedan ser iniciativas singulares de grupos científicos, académicos o instituciones afectadas por la norma. La labor que prestan no deja de ser importante y puede tener un gran valor para lo que constituye los fines de la evaluación legislativa. Sin embargo, no suponen mecanismos permanentes 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 utilizadas⁵¹, los informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados ad hoc, en sede parlamentaria o no; el 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.); o el recurso a 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 75.

⁴⁹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 74.

⁵⁰ PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, cit., p. 209.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 210 y 211. Vid., también, DOMENECH, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, cit., pp. 97 y ss.

Junto a las tres notas características, se han apuntado también otras dos más⁵²: 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; y deber ser también multidisciplinar, debiendo colaborar diversas ramas del conocimiento, interviniendo no sólo las ciencias jurídicas, sino también, entre otras, la economía y la sociología⁵³.

3. Fines y metodología de la evaluación legislativa

La evaluación legislativa tendría como fin principal lograr una legislación racional, de mayor calidad. 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 que no satisfagan dicho patrón. Permite 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 normas⁵⁴. 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 iniciales⁵⁵. En todo caso, sus fines pueden ser también otros muy variados. Por ejemplo, mejorar la transparencia al abrir nuevas posibilidades de participación para las partes interesadas y afectadas por las normas al desarrollarse en la evaluación un trámite de consulta 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, permitiendo determinar si el objetivo y los logros que mediante su aprobación pretendían obtenerse se han alcanzado. Los ciudadanos podrían conocer 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*

⁵² OSÉS ABANDO, J., “Evaluación legislativa y Parlamento”, *cit.*, pp. 60 y 61.

⁵³ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

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: “*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. La 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 cuáles son los resultados reales de sus decisiones. Se podría garantizar a través de la evaluación la sensibilidad del legislador hacia la realidad social y la adecuación social de su acción.

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 dirigían, y las dificultades de su ejecución⁵⁶. Sin perjuicio de tales fines, no debe olvidarse que la evaluación, con independencia de su objeto, puede plantear problemas desde la perspectiva de la legitimación⁵⁷. 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, total o parcialmente, a quien carece de un título representativo, sin perjuicio de que puedan colaborar en la consecución de los fines. 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

⁵⁶ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 679.

⁵⁷ 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.

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 supe el marco de decisión política, sino que lo complementa, pudiendo reforzarlo o afianzarlo. En todo caso, 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 aquélla⁵⁸, aunque tampoco cabe razonablemente descartarlo. Por ello, tanto la opción de conformar un procedimiento de evaluación en el que prime lo político (véase, Comisión 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, al ayudar 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, al permitir al evaluador 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 ambientales⁵⁹.

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. 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 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 prorogue 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

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

programa de políticas a aquellos que lo renovarían⁶⁰. Estas permiten ajustar una regulación a las circunstancias sociales o tecnológicas cambiantes y provocar la derogación automática de las regulaciones innecesarias o con efectos perjudiciales⁶¹.

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 conclusiones⁶². 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 políticas⁶³. La conexión entre evaluación ex post y estas cláusulas es evidente⁶⁴. 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 la ley es la excepción no la regla, no es su fin⁶⁵

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. Ha sido definida como aquella que está diseñadas para probar nuevos enfoques legales o para regular nuevos productos o servicios con el fin de recopilar más información⁶⁶. 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 permanencia⁶⁷. 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 plazo⁶⁸. Un ejemplo paradigmático de dicha legislación experimental la encontramos en la Constitución francesa cuyo artículo 72.4 dispone, literalmente, 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,*

⁶⁰ JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation. Empirical Evidence from Four Countries”, *Bertelsmann Stiftung*, junio 2010, p. 3.

⁶¹ RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 70.

⁶³ JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 3.

⁶⁴ RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁵ JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 5.

⁶⁶ RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁸ El concepto de leyes experimentales que se emplea en el ámbito de la organización territorial 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: “*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*”.

*derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias”*⁶⁹.

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 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. Así, siguiendo a Max Weber, puede afirmarse que 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. Una de las desventajas de estas modalidades reside en este potencial aumento de la incertidumbre, lo que puede tener un impacto negativo en el clima de inversión. En todo caso, los estudios empíricos que se han realizado a este respecto tampoco lo confirman⁷⁰. Además, 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 evolución⁷¹, a una realidad que se tilda de líquida y volátil. Hoy en día, el principio de seguridad jurídica no puede reducirse a la continuidad de las leyes⁷².

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.

En el plano real, la puesta en práctica de las cláusulas *sunset* es una tarea difícil. 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 extinción⁷³. En todo caso, tanto las cláusulas de extinción como las leyes experimentales constituyen fórmulas específicas 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, sino selectivo. En muchos modelos que las han incorporado, los criterios de selección de

⁶⁹ 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.

⁷⁰ RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, op. cit., p. 173 a 178.

⁷¹ *Ibidem*, p. 26.

⁷² *Ibidem*, p. 168.

⁷³ *Ibidem*.

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). 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 discriminación⁷⁴.

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 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 *“resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto ex ante como ex post”*.

La evaluación ex post aparece regulada 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. Se recoge, pues, una doble exigencia, formal (informe periódico) y material (proporcionalidad).

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 la calidad de la actividad normativa del Gobierno analizará, entre otros aspectos, el

⁷⁴ 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.

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 ex post. 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”*. 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 se aprobó 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”*. 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 .. 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*”. 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. 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, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, 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. La Disposición Adicional Segunda, relativa a la revisión y simplificación normativa, 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*”. El órgano encargado de dicha evaluación serán las Secretarías Generales Técnicas de los diferentes Departamentos ministeriales.

5. Evolución de 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

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 polisémico⁷⁵ 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 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

⁷⁵ PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios ...*, op. cit., pp. 113 a 117.

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 económico⁷⁶.

La nueva figura 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 motorizada⁷⁷. 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 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 mismos⁷⁸. 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 consiguen⁷⁹.

Por todo ello, 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 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 económico⁸⁰. 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

⁷⁶ MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 334.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ SUBIRATS, J., “Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, enero-marzo 1988, p. 177.

⁸⁰ 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.

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 establecida⁸¹. Y, en esa nueva posición del Estado⁸², el uso de la potestad normativa es relevante. 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 pública⁸³.

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 objetivos⁸⁴. El buen funcionamiento del mercado depende ya de su infraestructura jurídica⁸⁵.

Resulta sorprendente que la evaluación 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*. Una de las lagunas más fuertemente denunciadas en el ámbito de la teoría y de la ciencia jurídica, ha sido su focalización 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 legislación⁸⁶. 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 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,

⁸¹ 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.

⁸² 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 (Gewährleistungstaad), 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.

⁸³ PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, pp. 205 y 206.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 66.

la estructura y sistemática, sino también de que las normas cumplan los fines perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada⁸⁷. 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 económicos⁸⁸.

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*.

En este nuevo contexto, 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 operadores 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 neutrales⁸⁹.

Su aplicación plantea cuestiones de justicia de gran alcance que exigen una reflexión cuidadosa. El enfoque utilitarista cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, 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. No se muestra respetuosa con el principio categórico kantiano que prohíbe utilizar a las personas como medios para los fines de otros. 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. Ello contrasta con posiciones éticas basadas en los derechos originales de los individuos. Los derechos fundamentales no sólo aspiran a desarrollarse en su dimensión objetiva, sino también como expresiones de un estatus de protección del individuo, incluso, frente a la colectividad. 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

⁸⁷ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ En contra de esta idea se muestra Domenech Pascual. Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *RAP*, núm. 195, septiembre-diciembre 2014, p. 127.

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 administrativo⁹⁰. 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 ellos⁹¹.

En este marco, 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 —el Derecho público económico—, al tiempo que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica⁹², aquellos en los que lo económico sea meramente instrumental de la dignidad del ser humano y la justicia. 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. El análisis económico puede estar presente como una herramienta más en todos los ámbitos de la evaluación, pero atendiendo a los principios y valores que estén presentes en el caso concreto⁹³.

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, 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 economía⁹⁴. Esta exigencia constitucional 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, 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

⁹⁰ VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *cit.*, p. 101.

⁹¹ *Ibidem*, p. 105.

⁹² DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *cit.*, p. 128.

⁹³ *Ibidem*, pp. 128 y 129.

⁹⁴ VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *cit.*, p. 98.

las normas aprobadas por las Administraciones Públicas, que no se puede interpretar que abarque a las normas de superior rango como serían las leyes. 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”*.

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. Esta reforma el procedimiento de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, instituyendo una especie de evaluación ex post 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.

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 al 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 ha venido desarrollando habitualmente su actividad 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 jurídica en la aparición de un nuevo principio de precaución⁹⁵. Ello responde 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-reflexivo⁹⁶. 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)⁹⁷. 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.

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 medida⁹⁸. 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*”⁹⁹.

Una de las principales críticas que ha recibido dicho principio es el de abrir un cauce hacia la arbitrariedad, y si bien 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. 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 recientes¹⁰⁰. El Derecho aparece ya subordinado a la ciencia, ya que será ésta o, mejor dicho, la comunidad científica la que

⁹⁵ 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)”.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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>.

⁹⁸ EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, op. cit., p. 1223.

⁹⁹ *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union and Others*, C-157/96.

¹⁰⁰ 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 Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

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 jurídica¹⁰¹. 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 normas¹⁰². 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 concessum quod non est prohibitum*) ya no es la única máxima. 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. En 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 de dichas técnicas, se 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 regulación¹⁰³. 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 entero¹⁰⁴.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre¹⁰⁵. El postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras. 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 satisfacer sus propias necesidades, se basa en la equidad intra e intergeneracional¹⁰⁶.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J., *Ciencia y Derecho*, op. cit., p. 58.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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>.

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, expresión 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. Y esta nueva realidad hace más indispensable si cabe el desarrollo de nuevos mecanismos y, entre estos, 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 la evaluación del riesgo es la pieza clave del principio de precaución¹⁰⁷, resulta lógico concluir que las normas dictadas en el contexto de la incertidumbre deben ser evaluadas previa y posteriormente. No se trata de 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 científicos, 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 revisarla¹⁰⁸.

¹⁰⁷ EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, op. cit., p. 1231.

¹⁰⁸ 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

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 sujetas a un proceso de evaluación a posteriori, la conclusión no puede ser más desalentadora. Así, pueden citarse 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 (*“estos avances científicos y los procedimientos y herramientas 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 y artículo 2.3 la posibilidad de actualizar, al menos, y de conformidad con la evidencia científica, las técnicas.

Estos dos ejemplos casi paradigmáticos de incertidumbre no han sido dictados, como ocurre con algunas otras normas similares, en desarrollo de una norma comunitaria, de manera que la evaluación a posteriori vendría determinada por la propia UE o la norma fuente de la que nacen. La iniciativa es nacional, aunque también es cierto que esta última supone de facto una revisión de la anterior regulación sobre a materia, la 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 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, la casi nula utilidad que los preembriones ofrecen ya para la investigación) que harían conveniente revisarla.

2623/95 y 1 BvR 622/99, §§ 99 y ss.). Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 112.