

La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA: SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE LAS NORMAS.—II. PAUTAS DE LOS DOCUMENTOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA NECESIDAD DE MEJORAR LA LEGISLACIÓN.—III. LOS REQUISITOS DE LA INICIATIVA GUBERNAMENTAL EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL: LA CALIDAD FORMAL.—IV. LA CALIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS: LA MEMORIA DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO.—V. MECANISMOS DE CONTROL DE LA CALIDAD DE LAS NORMAS Y DE LA EVALUACIÓN EX-ANTE.—5.1. El Consejo de Estado como órgano de control.—5.2. La Mesa del Congreso de los Diputados y el control de la iniciativa gubernamental.—5.3. La evaluación ex-ante de los proyectos de ley y el control jurisdiccional.—VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL.

RESUMEN

La evaluación de normas (o de la política legislativa) y de sus consecuencias (sea “ex-ante” o “ex-post”) se está convirtiendo en un ámbito de actividad jurídica cada vez más conocido y reconocido, vinculándolo a la calidad. Evidentemente, existe una relación directa entre evaluación legislativa ex-ante y ex-post: la primera permite fijar los términos a evaluar en la segunda (el cumplimiento, por ejemplo, de las previsiones recogidas en la memoria de análisis de impacto normativo) y la segunda, permite mejorar los sistemas de evaluación del impacto prospectivo. En el presente trabajo trataremos de referirnos a la calidad formal y material de los proyectos de Ley del Gobierno, ambos elementos de evaluación ex-ante. Finalizaremos nuestro estudio reflexionando acerca de los mecanismos de control que existen en nuestro sistema tanto de la calidad como de la evaluación ex-ante.

* Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho (ICADE). Universidad Pontificia Comillas.

PALABRAS CLAVE: Constitución de 1978, calidad, evaluación ex-ante, postestad legislativa del gobierno.

ABSTRACT

The evaluation of norms (or legislative policy) and its consequences (ex-ante or ex-post) is becoming an area of legal activity increasingly known and recognized, linking it to quality. Obviously, there is a direct relationship between ex-ante and ex-post legislative evaluation: the first allows the terms are assessed in the second (compliance, for example, with the forecasts contained in the report on normative impact analysis) and the second, it's used to improve prospective impact assessment systems. In the present work, we will try to refer to the formal and material quality of the draft Government Law, both types of ex-ante evaluation. We will finish our study by reflecting on the control mechanisms that exist in our system of both quality and ex-ante evaluation.

KEYWORDS: Constitution of 1978, quality, ex-ante evaluation, legislative power of the government.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA: SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE LAS NORMAS

La evaluación legislativa supone calcular el grado de utilidad o aptitud de las normas para satisfacer las necesidades públicas con la finalidad de juzgar su calidad o su valor. La evaluación de las políticas públicas es desde hace años una clara preocupación de los gobiernos de los Estados democráticos, y a esta preocupación se ha sumado la de evaluar, no solo las políticas, sino también la legislación, y con ello evaluar también la técnica legislativa¹. De este modo, la evaluación legislativa conecta con el principio de calidad.

El diccionario de la Real Academia define técnica como “conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o arte”, de tal manera que utilizamos ese concepto a la hora de definir la “técnica legislativa” como el procedimiento utilizado para la elaboración de las leyes, esto es, el procedimiento que se utiliza para la redacción de las mismas poniendo especial énfasis en el contenido².

¹ Sobre el desarrollo y contenidos de la técnica legislativa vid. SALVADOR CODERCH, P., “Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa”, en CAVERO GÓMEZ, M., *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*, Madrid, 1988, pp. 45 a 88.

² Las referencias a los primeros estudios de técnica legislativa en países de nuestro entorno pueden encontrarse en SAÍNZ MORENO, F., “Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de Ley (Art. 88 CE)”, en SAÍNZ MORENO, F. y DA SILVA OCHOA, J. C., *La calidad de las Leyes*, Vitoria, 1989, pp. 20 y 21. Por otra parte puede consultarse acerca de los instrumentos de técnica normativa en Derecho comparado la obra colectiva ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (Dir.), *Técnica normativa (2016-2017)*, Madrid, 2015, pp. 32 a 35.

El procedimiento legislativo es un procedimiento reglado, cuya flexibilidad depende en algunos casos de las circunstancias en las que se desarrolle. Evidentemente, en un Estado de Derecho definimos procedimiento legislativo como el conjunto de actos que se llevan a cabo, con especial relevancia del poder legislativo, con la finalidad de aprobar una Ley. En este sentido, “al tratar de la legislación desde ese punto de vista la *actividad* a desarrollar no sea ya la interpretación o exégesis y sistematización de los textos legales sino su elaboración en sentido propio”³.

En nuestro sistema constitucional existe un procedimiento básico, denominado común u ordinario, y variedades en ese proceso que se adoptan para la aprobación de otros tipos de Leyes parlamentarias. En cualquier caso, el comienzo de ese procedimiento depende de la iniciativa legislativa que es la auténtica llave que abre todo el mecanismo legislativo, puesto que su ausencia paralizaría dicho proceso.

Pero este procedimiento tasado debería garantizar que se estén elaborando normas de óptima calidad. Y aquí está la cuestión que suscita controversias. Algún autor ha señalado “que se asiste, en definitiva, a un “crepúsculo del arte legislativo” que además no se resume en una simple deficiencia formal de las normas, sino que afecta negativamente a los valores que éstas han de preservar”⁴.

La Ley 39/2015 ha incorporado un procedimiento de elaboración de los anteproyectos de leyes, que se utiliza también para los anteproyectos de decretos legislativos y de disposiciones reglamentarias, muy minucioso y que tiende evidentemente a la mejora de la calidad formal y material de las disposiciones que se aprueben.

Así la evaluación de normas (o de la política legislativa) y de sus consecuencias (sea “ex-ante” o “ex-post”) se está convirtiendo progresivamente en un ámbito de actividad jurídica cada vez más conocido y reconocido. Evidentemente, existe una relación directa entre evaluación legislativa ex-ante y ex-post: la primera permite fijar los términos a evaluar en la segunda (el cumplimiento, por ejemplo, de las previsiones recogidas en la memoria de impacto) y la segunda, permite mejorar los sistemas de evaluación del impacto prospectivo. Así la calidad de las normas hace referencia “a su calidad técnica, exige rigor, claridad expositiva y sistemática y coherencia con el resto del Ordenamiento (*calidad técnico-formal*), pero también a su contenido en la medida que la norma sea adecuada, necesaria y proporcionada para alcanzar los objetivos normativos propuestos (*calidad material*)”⁵. Por eso no son sólo relevantes la corrección técnica, el lenguaje, la coherencia de la disposición, sino también el contenido de las normas y especialmente su finalidad, esto es, “su capacidad para ordenar correctamente la sociedad

³ SALVADOR CODERCH, P., “Introducción”, en VV. AA. *La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa*, GRETEL, Grupo de Estudios de Técnica Legislativa, Barcelona, 1986, p. 11.

⁴ GASCÓN ABELLÁN, M., “Calidad de las normas y técnica normativa. A propósito del «cuestionario previo»”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, julio - diciembre 2006, p. 43.

⁵ MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, mayo-agosto 2009, p. 336.

o para ser cumplidas sin que se produzcan desajustes o consecuencias no deseadas”⁶.

En base a estas cuestiones estudiaremos en las páginas siguientes, y siempre desde la evaluación legislativa ex-ante, que elementos de calidad formal se han incorporado y que elementos intentan conseguir la calidad material de la iniciativa gubernamental de las normas con rango de Ley, para terminar tratando mecanismos de control de la evaluación ex-ante. Iniciaremos estas cuestiones con una breve referencia a los documentos y recomendaciones europeos sobre la forma de mejorar la legislación. La evaluación ex-ante “trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos (positivos o negativos) que se seguirán de su aprobación y los costes que acarreará su ejecución y cumplimiento”⁷.

Dejaremos al margen en nuestro estudio la elaboración de las Leyes cuya iniciativa provenga de otros órganos constitucionalmente legitimados, esto es, los señalados en el artículo 87 CE: Diputados, Senadores, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y el pueblo, mediante un mínimo de 500.000 firmas acreditadas⁸. Sin embargo, a la hora de elaborar las conclusiones volveremos a hacer referencia a estas iniciativas y a la remota posibilidad de que se pueda exigir los mismos requisitos que se está exigiendo a las iniciativas gubernamentales.

II. PAUTAS DE LOS DOCUMENTOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA NECESIDAD DE MEJORAR LA LEGISLACIÓN

Es destacable la influencia de determinados organismos en orden al logro de una mejor legislación a partir de la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “para la mejora de la calidad del reglamento de los gobiernos” (1995), documento que incluye un “Listado de comprobación de referencia para la toma de decisiones normativas”. Asimismo, en el documento de 2005 titulado “Principios Rectores para la Calidad y la Elaboración Normativa” se recoge que “la calidad normativa ha devenido crucial para la efectividad de la acción de gobierno”.

El 26 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros de España publicó el Acuerdo para crear la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), cuyo mandato era producir propuestas para que las administraciones públicas fueran más austeras, útiles y efectivas. A la vista de este Acuerdo, la OCDE en su Recomendación sobre política normati-

⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., op. cit., p. 44.

⁷ VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre 2011, p. 108.

⁸ Sobre la iniciativa de las Comunidades Autónomas puede consultarse el reciente trabajo de PARRA GÓMEZ, D., *La iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas*, Zaragoza, 2016.

va y gobernanza de 2012 y en su informe emitido en 2014 “Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement”, insiste en la idea de incluir la evaluación de impacto regulatorio en las etapas iniciales del proceso de diseño de políticas públicas y formulación de propuestas normativas. Dicha Organización recomienda identificar los fines de la política pública, evaluar si la normativa es necesaria, cómo puede ser más eficaz y eficiente para lograr dichos objetivos, y considerar alternativas y ventajas de los distintos enfoques para identificar el más adecuado.

También el Consejo de Europa ha destacado una serie de requisitos esenciales debía contener todo proceso de evaluación de normas⁹:

- 1) Nunca el proceso de evaluación debe afectar al equilibrio entre el poder que aprueba la evaluación y el que la lleva a cabo;
- 2) Garantizar la independencia del organismo evaluador;
- 3) El organismo evaluador deberá acceder con facilidad a la mayor cantidad de información posible; y
- 4) Se deberá garantizar una gran publicidad al proceso de evaluación para que pueda desempeñar totalmente su función en el debate democrático.

En la Unión Europea, hasta hace poco la evaluación “tenía un ámbito muy restringido y se limitaba a la evaluación ‘ex-post’ de programas y proyectos de gasto”, aunque a partir de los años noventa “se generalizó la evaluación de los programas de gasto en áreas como las políticas agraria y regional, el Fondo Social Europeo y la política de investigación y desarrollo”¹⁰.

Una de las primeras iniciativas europeas fue el “Libro Blanco de la Gobernanza Europea”¹¹, con el que se pretendía “abrir el proceso de elaboración de las políticas de la Unión Europea con el fin de asociar a un mayor número de personas y organizaciones en su formulación y aplicación, lo que se traducirá en una mayor transparencia y en una mayor responsabilización de todos los participantes”. Entre los objetivos para reconducir las funciones de la Comisión se pretendía “una utilización más segura y selectiva de su derecho de iniciativa” y para ello se aboga por “un mayor grado de consulta y participación, un uso más abierto del conocimiento de los expertos y un nuevo enfoque de planificación a medio plazo [que] permitirá analizar de una forma mucho más crítica las presiones de las instituciones y grupos de interés en favor de nuevas iniciativas políticas”.

En la línea con estos criterios el Libro Blanco se refiere a los principios de transparencia (apertura), participación, rendición de cuentas, eficacia y coherencia. Se considera que la determinación de dichos

⁹ KARPEN, U.: “La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales”, en PARDO FALCÓN, J. y PAU IVALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, 2006, pp. 57 y 73.

¹⁰ CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación en la Unión Europea”, en PARDO FALCÓN, J. y PAU I VALL, F. (COORDS.), op. cit., pp. 149 y 150.

¹¹ COM (2001) 428 final, de 12 de octubre de 2001.

principios ha de permitir garantizar que puedan intervenir en la gobernanza europea todos aquellos actores que tengan interés en ello, y no sólo – como ahora – los que tengan capacidad para hacerlo; tengan las condiciones necesarias y suficientes para poder tomar las decisiones que les correspondan y puedan tomarse las decisiones. En definitiva, el Libro Blanco recoge los principios de buena gobernanza, que no han de ser de aplicación exclusiva a las instituciones comunitarias, sino que también se han de aplicar a todos los actores que intervienen en ella (Estados miembros, regiones, entes locales y sociedad civil). La denominada “gobernanza multinivel” supone la incorporación a los centros de toma de decisiones políticas de entidades privadas que, junto a unos poderes públicos relacionados horizontal y verticalmente, han de ser artífices de las decisiones jurídicas, políticas y económicas. Ya no podemos pensar en la estructura tradicional de los tres poderes clásicos, incluso, incorporando al poder moderador y al poder de control de la constitucionalidad, con sus frenos y contrapesos, como los únicos sujetos activos del poder. La participación de otras entidades de naturaleza privada o semipública cambia el escenario¹².

En el Tratado de Ámsterdam (1999) se aprobó un protocolo definiendo principios para la mejora legislativa lo que ha llevado a que todas las propuestas incluidas en el programa anual de trabajo de la Comisión, deben ir acompañadas de una evaluación ex-ante o análisis de impacto¹³.

Especial relevancia tiene el Informe Final del Grupo Mandelkern sobre la Mejora de la Reglamentación (2001) en el que se señala que la regulación es esencial para lograr los objetivos de la política pública en muchas áreas, y mejorar la regulación. Se trata de garantizar que la regulación sólo se utiliza cuando proceda, y de asegurar que la regulación que se utiliza es de alta calidad. Con este fin, el informe propone un Plan de Acción con plazos, cuya aplicación contribuiría significativamente al logro de las mejoras necesarias y, además, se describe un enfoque general integral con un conjunto de siete principios fundamentales:

- 1) Opciones de implementación de Políticas. La Unión Europea y los responsables políticos nacionales deben siempre considerar las posibles opciones para resolver las cuestiones de política pública y elegir la más adecuada para las circunstancias. La regulación es a menudo la opción más adecuada, pero no debería ser automáticamente la única opción.
- 2) Evaluación de impacto, que es una herramienta eficaz para la formulación de políticas basadas en la evidencia, proporcionando un

¹² Vid. JAUREGUI, G., “Estado, soberanía y Constitución: Algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 50-58.

¹³ Especiales documentos: Informe de la Comisión al Consejo “Legislar mejor” (CSE (96) y final); Mensaje especial de la Comisión al respecto del “Regulatory Impact Analysis” (RIA) (Com (2002) 273 final); Acuerdo interinstitucional “sobre cómo legislar mejor” (COM (2006) 690 final); Enumerados por KARPEN, U., op. cit., pp. 64 y 65.

marco estructurado para el manejo de los problemas de política y que debe ser parte integral de la formulación de políticas no para sustituir la decisión política, sino para permitir que la decisión a tomar se haga con conocimiento de la evidencia.

- 3) Consulta. La consulta es una forma de gobierno abierto, y es un requisito importante para evitar retrasos en el desarrollo político debido a controversias de última hora y evitar así obstaculizar indebidamente el progreso.
- 4) La simplificación. El documento señala la necesidad constante de actualizar y simplificar los reglamentos existentes. Pero la simplificación no significa la desregulación, sino que está dirigida a la preservación de la existencia de reglas haciéndolas más eficaces, menos onerosas y más fácil de entender y cumplir. Esto implica un programa sistemático, preferiblemente dirigido a la simplificación, que abarca la regulación que afecta a los ciudadanos, las empresas y los organismos públicos que tienen que ponerlo en práctica.
- 5) El acceso a la regulación. Los afectados por la normativa europea o nacional tienen el derecho de poder acceder a ella y comprenderla. Esto significa que la coherencia y claridad de la normativa debe ser mejorada a través de la consolidación (incluyendo codificación y refundición) y el acceso mejorado por mejores herramientas prácticas (especialmente el uso de las TIC).
- 6) Estructuras. Una mejor regulación necesita las estructuras adecuadas de apoyo encargadas de su promoción para tener éxito.
- 7) Aplicación de la normativa europea.

Al “Informe Mandelkern” han seguido multitud de iniciativas, en las que no podemos detenernos, aunque sí citaremos algunas: la Comunicación de la Comisión Europea de 2005, que implementaba la iniciativa “Legislar Mejor” en el marco de la Estrategia Renovada de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo; la “Comunicación de 2010 sobre Normativa inteligente en la Unión Europea”, además de completar y reformular algunos de los principios de calidad normativa recogidos en la iniciativa “Legislar Mejor”, añade algunos principios como son la evaluación expost de la legislación y mejorar el acceso electrónico al conjunto de la legislación de la UE¹⁴. En cualquier caso, la regulación de alta calidad forma una cadena desde las primeras etapas de su preparación hasta su implementación, por eso, se debe prestar atención a nivel europeo a las preocupaciones de aplicación para asegurar que se entienden y se consideran todas las consecuencias.

¹⁴ La relación de documentos sobre la preocupación en la Unión Europea por la técnica puede verse en la obra colectiva ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (Dir.), op. cit., pp. 36 a 43.

III. LOS REQUISITOS DE LA INICIATIVA GUBERNAMENTAL EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL: LA CALIDAD FORMAL

En la Constitución española de 1978 se concede preferencia a la iniciativa que proviene del Gobierno, para la que se emplea el término “proyecto”, mientras que para los demás casos utiliza la expresión “proposición”. La iniciativa del Gobierno se regula en el artículo 88 CE: “Los proyectos de Ley serán aprobados en el Consejo de Ministros que los someterá al Congreso de los Diputados, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”.

Por ello, son dos los requisitos exigidos constitucionalmente: una exposición de motivos y unos antecedentes¹⁵. En ambos casos se trataría de que el Gobierno presentara las razones que justifican la necesidad de aprobación o modificación de una norma, así como que se señalen los objetivos concretos que pretende esa regulación. Señala JIMENA QUESADA, que “la obligación de esmerarse evitaría que, por ejemplo, en sede jurisdiccional europea el Gobierno (...) cumplimentara a posteriori esa obligación de motivación legislativa”¹⁶.

Si el Gobierno no presenta los antecedentes y la exposición de motivos podría el Congreso de los Diputados reclamarlos, aunque “si esta reclamación no se produce no podrá considerarse que tal omisión afecta a la validez del procedimiento legislativo, ya que es evidente que tal requisito no constituye un elemento esencial del mismo”¹⁷.

En este sentido, hay que tener en cuenta la “Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa”¹⁸. En estas Directrices se establece que la exposición de motivos del anteproyecto tiene “la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Si es preciso, resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto, pero no contendrá partes del texto del articulado. Se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas”. En lo que se refiere a la parte dispositiva en “su redacción

¹⁵ Vid. SAÍNZ MORENO, F., “Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de Ley (art. 88 CE)”, en SAÍNZ MORENO, F. Y DA SILVA OCHOA, J. C., *La calidad de las Leyes*, Vitoria, 1989, pp. 15 y ss.

¹⁶ JIMENA QUESADA, L., *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Madrid, 2003, p. 203.

¹⁷ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, 1990, p. 259.

¹⁸ BOE núm. 180 de 29 de julio de 2005. En este sentido es interesante la opinión que manifiesta AGUILO LUCÍA, al señalar hace años que “la competencia para dictar directrices de técnica legislativa debe estar atribuida al Parlamento” y que “el procedimiento para su formalización debe ser el de la Resolución de Presidencia”: AGUILO LUCÍA, L. “Competencia para dictar directrices de técnica legislativa”, en SAÍNZ MORENO, F. Y DA SILVA OCHOA, J. C., op. cit., p. 337.

se irá siempre de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de lo normal a lo excepcional y de lo sustantivo a lo procesal”¹⁹.

Inciden estas Directrices en que una adecuada técnica normativa supone tener especial cuidado con cinco cuestiones: a) El título o denominación de las normas jurídicas; b) la parte expositiva de las mismas; c) los criterios para la redacción y estructura de las normas; d) las remisiones normativas; y e) la parte final de las normas. Señala SANTAOLALLA que sería conveniente que “la práctica se acomodase progresivamente a cuanto de positivo tienen estas directrices, pero también –y ya que las mismas no son Derecho positivo– que esa práctica atendiese más a la lógica y a los principios de concisión, brevedad y claridad que a esas directrices en todo lo que no responden a lo que cabría esperar de las mismas”²⁰.

Durante los últimos años también se han aprobado algunas leyes que hacen referencia a cuestiones de técnica normativa. Nos estamos refiriendo a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, sobre Economía sostenible; a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado²¹.

Así, el artículo 4 de la Ley 2/2011 establece que, en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia, lo que en la iniciativa normativa obliga a justificar de manera suficiente la adecuación a dichos principios²². Asimismo, se recogen los instrumentos de que disponen las administraciones para la mejora de la regulación (art. 5): el análisis ex-ante de las iniciativas normativas, los procesos de audiencia pública durante su proceso de elaboración y la evaluación ex-post de las medidas adoptadas.

También con las previsiones de la Ley 19/2013 se pretende incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas en materia de información institucional, organizativa y de planificación.

¹⁹ Un comentario extraordinario a las directrices de técnica normativa de 2005 puede verse en SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Las directrices de técnica normativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto (2006), pp. 41-92.

²⁰ *Ibidem*, p. 92.

²¹ Vid. los instrumentos concretos de técnica normativa que existen en estas tres normas en la obra colectiva ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (Dir.), op. cit., pp. 47 a 54.

²² Estos principios han sido incluidos en el artículo 129 de la LPACAP, aunque “respecto de los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, se aprecia la inclusión del principio de eficacia junto al de necesidad, en lugar de figurar en último lugar; la adición del principio de eficiencia y la supresión de los de accesibilidad y simplicidad; la eliminación de un apartado final 9 sobre mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible y sin más cargas administrativas de las estrictamente necesarias (contenido que se incorpora a los distintos principios), que es sustituido por un apartado 7 sobre cuantificación de la repercusión y efectos de los gastos e ingresos públicos y supeditación a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”: GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 39 y 40/2015)”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, p. 436.

Y finalmente, la Ley 20/2013 ha desarrollado en su capítulo V el “principio de eficacia en todo el territorio nacional”, y establece principios y normas básicas que garantizan la unidad de mercado, a través de una mejora de la regulación, para crear el entorno más favorable a la competencia y a la inversión.

Refiriéndonos a la Comunidad de Madrid, recientemente en la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir, aprobada por la Comunidad de Madrid (BOCM 22-III-2017), se introduce en la Disposición Adicional Primera, “Evaluación de la Ley”, “la previsión de elaboración, transcurrido un año de su entrada en vigor, de un informe sobre los datos más significativos de implementación de la Ley, el grado de satisfacción de los ciudadanos, y de la efectividad real de la protección los derechos regulados en ella, así como de los aspectos susceptibles de mejora”²³.

IV. LA CALIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS: LA MEMORIA DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO

Evidentemente a través de la memoria de análisis de impacto normativo, se pretende garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, se considera imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre el ámbito competencial, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario²⁴, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias. El estudio de impacto normativo formaría parte de la evaluación ex-ante de la norma que debería servir como base fundamental de su motivación o justificación racional.

Se trata de un importante instrumento de evaluación ex-ante de las normas jurídicas que comparte con la evaluación legislativa ex-post la mejora de la calidad, de la eficiencia y eficacia de las decisiones de los poderes públicos, aunque se diferencia de ésta por el momento en que se efectúa y, en su caso, por los órganos encargados de llevarla a cabo.

²³ Previsión similar se recoge en la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, que dispone en su Disposición Adicional Segunda que: “El departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de salud elaborará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, un estudio relativo a la forma en la que la ciudadanía aragonesa afronta y vive el proceso de su muerte. Este informe se actualizará periódicamente, con el fin de permitir evaluar con regularidad la aplicación y efectos de esta Ley”.

²⁴ “El cálculo de los costes de ejecución de una norma, abarca también las repercusiones financieras de un proyecto de ley y de su ejecución”: MONTORO CHINER, M.ª J., “Técnica legislativa y evaluación de las normas”, *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, p. 160.

La aprobación del proyecto de Ley se realiza en el seno del Consejo de Ministros, pero antes de llegar a dicho órgano ha de pasar por la consiguiente tramitación de otros órganos administrativos, especialmente por el Ministerio correspondiente que se convierta en ponente del texto en reunión de Consejo. Así lo regula los artículos. 5.1 a) y 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante LG), con las modificaciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que han entrado en vigor en octubre de 2016.

En lo que se refiere a la tramitación, hasta la entrada en vigor de las modificaciones de 2015, el anterior artículo 22 LG establecía que el anteproyecto de Ley se iniciará en el ministerio o ministerios competentes “que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar”, junto con el informe de la Secretaría General Técnica y del Consejo de Estado.

Con las modificaciones previstas en la LPACAP y en la LRJSP se pretende asegurar la observancia de los principios de buena regulación en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria y así se refuerzan la planificación y el análisis ex-ante de impacto de las normas y su evaluación²⁵.

En este sentido se prevén en primer lugar una serie de actuaciones previas (arts. 26.2 LG y 133 LPACAP) de tal manera que “la redacción del texto estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma”. Se realizará además una consulta pública (mínimo durante 15 días) a través de la web del departamento competente para obtener información acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. La idea que subyace en relación al trámite de consulta es la posibilidad de que con ella se mejore la norma. Evidentemente esto se debe a que “la creciente complejidad y especialidad de la producción normativa, exige que el legislador solicite intervenciones externas, colaboraciones y consultas, tanto de entidades que forman parte de la estructura del Estado, como de entidades privadas o de expertos que

²⁵ El artículo 132 de la LPAC establece que anualmente las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. Vid. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 39 y 40/2015)”, cit., p. 442. Así se ha aprobado recientemente el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa (BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2017).

puedan aportar un conocimiento especializado en la elaboración de las normas”²⁶.

También hay que tener en cuenta las disposiciones del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, y las previsiones de la Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo aprobada también en 2009. Ambos documentos han sido decisivos en la mejora de la calidad de las normas y han permitido asentar en la cultura administrativa la importancia del análisis y evaluación ex-ante de los impactos, como instrumento indispensable en toda política regulatoria. Además, los análisis de impacto que se realicen con carácter previo a la aprobación de una norma pueden ser una ayuda importante para las evaluaciones que puedan realizarse con posterioridad sobre tales impactos y resultados.

La memoria del análisis de impacto normativo es un único documento en el que se recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, justificando su oportunidad y necesidad y tiene como objetivo sistematizar y simplificar los informes y memorias que deben acompañar a los anteproyectos y proyectos normativos del Gobierno, incluyendo una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad que tendrá su aprobación.

El artículo 26.3 LG modificado por la LRJSP prevé que se “elaborará con carácter preceptivo una memoria del análisis de impacto normativo”, para la elaboración de los anteproyectos de Ley, de los proyectos de Real Decreto Legislativo y de normas reglamentarias.

Tanto en el artículo 26.3 LG como en el artículo 2 del Real Decreto 1083/2009 se define la estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo, estableciendo que deberá contener los siguientes apartados: a) Oportunidad de la propuesta. b) Contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma. c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias. d) Impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas. e) Impacto por razón de género: se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres²⁷. Finalmente, también debe incluirse el impacto en la familia, en la infancia y en la adolescencia, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas, incorporada por la

²⁶ MONTORO CHINER, M.^a J., “Técnica legislativa y evaluación de las normas”, *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, p. 156.

²⁷ En este sentido puede consultarse el artículo 20 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Relevante es la memoria económica o lo que se ha llamado un “análisis económico del Derecho”, puesto que “en la fase de evaluación ex-ante de la legislación se concreta en proveer a los poderes públicos de argumentos económicos para realizar tres juicios importantes sobre la legislación”, el relativo a “determinar qué alternativas políticas son viables”, una vez decididas éstas, elegir “las propuestas más eficaces y eficientes” y, finalmente, realizar “un balance entre los costes estimados y los beneficios que se espera alcanzar con la decisión normativa”²⁸.

El artículo 3 del Real Decreto 1083/2009 introduce la posibilidad de que se pueda redactar una memoria abreviada cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa. En estos casos se realizará una memoria abreviada que deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma, listado de las normas que quedan derogadas, impacto presupuestario e impacto por razón de género.

Finalmente, la memoria se completará, con un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública, de los informes y dictámenes que resulten preceptivos, teniendo en cuenta que siempre debe aportarse el de la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes. En el caso de que la norma afectara a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal, a los procedimientos y a la inspección de los servicios o que pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, también es preceptivo el dictamen del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Por último, también es preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado, documento esencial en materia de evaluación del contenido del proyecto e incluso del contenido de la memoria.

Todos estos documentos pretenden aportar a las Cortes información suficiente sobre el proyecto que el Gobierno pretende que se convierta en Ley. Evidentemente, el Gobierno tiene en su actuar un sentido político que ha debido justificar necesariamente en el proyecto para que se convierta en una norma. Estamos de acuerdo, sin embargo, en que un exceso de documentación “puede llegar a producir un efecto contrario al que se persigue, esto es, la desinformación de los parlamentarios y la disminución del poder de control del poder legislativo”²⁹.

El Real Decreto 1083/2009, tras determinar la estructura y contenido de la memoria, en su disposición adicional primera establece que antes del 31 de diciembre de ese mismo año se debería elevar al Consejo de Ministros para su aprobación, una Guía Metodológica que deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo.

²⁸ MERCADO PACHECO, P., “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013, p. 100.

²⁹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, Cizur Menor, 2011, p. 58.

El 11 de diciembre de 2009, el Consejo de Ministros aprobó la Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo. En este documento se aborda de manera pormenorizada las pautas orientativas para la realización del análisis de impacto normativo y la redacción de la memoria de los proyectos normativos, teniendo en cuenta que no tiene carácter dispositivo, sino que es un instrumento metodológico.

El Real Decreto 1083/2009 establece que “la versión definitiva de la memoria incluirá la referencia a las consultas realizadas en el trámite de audiencia, en particular a las Comunidades Autónomas, y otros informes o dictámenes exigidos por el ordenamiento jurídico evacuados durante la tramitación, con objeto de que quede reflejado el modo en que las observaciones contenidas en estos, así como el resultado del trámite de audiencia, hayan sido tenidas en consideración por el órgano proponente de la norma”.

En resumen, en ambos documentos, se regula lo relativo a la memoria de impacto, pendiente sin embargo de aprobarse un nuevo Real Decreto que se adapte a las exigencias tanto de la LPACAP como de la LRJSP. Así se ha presentado ya un anteproyecto, que ha pasado la fase de dictamen del Consejo de Estado, por lo que deberá ser aprobado próximamente³⁰. Con esta nueva norma se pretende adecuar la elaboración de la memoria a las exigencias de las modificaciones legislativas mencionadas y en concreto “la necesidad de justificar la razón de interés general en que se funda la iniciativa normativa o su adecuación a los principios de necesidad, eficiencia y proporcionalidad”. Además “en lo concerniente al contenido y análisis jurídico de la norma, destaca las previsiones relativas a la necesidad de justificar en la memoria la inclusión de trámites distintos a los previstos en la Ley de procedimiento administrativo, la referencia a la vigencia temporal o indefinida de la norma y la justificación de la fecha prevista para la entrada en vigor si se aparta de las fijadas por el artículo 23 de la Ley del Gobierno (2 de enero y 1 de julio). Finalmente “en cuanto al análisis de los impactos, enumera, como novedades derivadas del artículo 26 de la Ley del Gobierno, la inclusión del análisis del efecto de las normas sobre la unidad de mercado y sobre las PYME, entre otros”³¹.

V. MECANISMOS DE CONTROL DE LA CALIDAD DE LAS NORMAS Y DE LA EVALUACIÓN EX-ANTE

Si relevante es el estudio de la calidad de las normas en las dos vertientes que hemos señalado, más relevante y quizá también más innovador es

³⁰ Puede consultarse el anteproyecto en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública:

<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/20%20Proyecto%20de%20Real%20Decreto%20por%20el%20que%20se%20regula%20la%20Memoria%20de%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo%20v%2005.08.2016.pdf>

³¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 742/2016, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

el análisis de la existencia de mecanismos de control de esa calidad y en su caso de la evaluación ex-ante de las normas.

5.1. El Consejo de Estado como órgano de control

Sabido es que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE), regulado por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (LOCE). El artículo 1.2 LOCE dispone que el Consejo de Estado “ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes”, añadiendo el artículo 2.1 LOCE que “en el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico”. Además, “valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines” (art. 2.1 LOCE), emitiendo “dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros” (art. 2.2 LOCE). Dictamen que es preceptivo en el caso de presentar un proyecto de Ley ante las Cortes.

Por ello, el primer control, al que haremos breve referencia es al control que ejercen los consejos consultivos y, especialmente, en el caso que estamos tratando el papel del Consejo de Estado. Este órgano ha sido prolífico formulando en sus memorias anuales diversas observaciones y sugerencias sobre la técnica normativa utilizada por el Gobierno, buscando como finalidad que las normas que resulten finalmente aprobadas sean lo más claras y perfectas posible. Así lo ha hecho en 1990, en 1992, en 1993, en 1997, en 2002, en 2003, en 2008, en 2009 y en 2010, pero es la memoria de 2011 donde en Consejo de Estado se detiene en algunas cuestiones que nos parece relevante señalar. En síntesis, el Consejo señala que en ocasiones las memorias de análisis de impacto “para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto normativo no son lo suficientemente expresivas de su finalidad, contenido y alcance”. También critica que en “ciertas ocasiones se omiten informes” o se realizan “audiencias incompletas”.

Indica RUBIO LLORENTE, “que, en opinión del Consejo, una de las causas de la actual inseguridad jurídica, de la opacidad de nuestros ordenamientos, es la degradación, más que de la técnica, del rigor con que deben elaborarse las disposiciones de carácter general, defecto que es una secuela casi inevitable del exceso de producción”³².

De esta manera, la intervención previa del Consejo de Estado a la aprobación del proyecto por parte del Consejo de Ministros, aun cuando el contenido de sus dictámenes no sea vinculante, supone un control de naturaleza global y especialmente con capacidad para valorar, entre otros aspectos rele-

³² RUBIO LLORENTE, M., “El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, julio - diciembre 2006, p. 26.

vantes de la oportunidad de la norma en cuestión. Efectivamente esto supone que “la función consultiva se sitúa en el tránsito del control de la legalidad del ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno hacia la colaboración y auxilio al ejercicio de dichas potestades dentro de la legalidad”³³.

El Consejo de Estado realizará su labor examinando que las normas objeto de análisis cumplan con determinados principios³⁴. Entre otros aspectos debe buscar los elementos de rigor técnico normativo, así como el cumplimiento del principio de proporcionalidad de la regulación. En un sentido amplio o idoneidad. Este principio de proporcionalidad tiene varios sentidos, pues es esencial que la norma sea idónea, que sea realmente necesaria y que garantice la transparencia. Por ello, el Consejo de Estado no actúa meramente sobre los elementos formales, que no cabe duda son importantes, sino que analiza el expediente que se le facilita y especialmente la fundamentación y la motivación de las opciones reguladoras por las que opta el proyecto de ley. Con esa labor el órgano consultivo comprueba ex ante la adecuación de una norma o proyecto normativo a criterios de calidad normativa que ahondan finalmente, en criterios de legalidad. Por todo esto, “esta función de control preventivo debe realizarse con prudencia, (...) para encontrar el equilibrio necesario entre la exigencia de los elementos formales de cumplimiento de los trámites del procedimiento, y las exigencias (...) de simplificación, de agilización de trámites y de facilitar la actuación administrativa”³⁵.

5.2. La Mesa del Congreso de los Diputados y el control de la iniciativa gubernamental

El segundo control al que queremos hacer referencia, es al alcance de la actuación de la Mesa del Congreso de los Diputados. Esto es, si la Mesa tiene competencia para inadmitir un proyecto de Ley por falta de algunos de los requisitos que constitucionalmente se exigen para ejercer la iniciativa en cuanto a calidad formal. Como sabemos una vez aprobado el proyecto de Ley por el Consejo de Ministros, deberá presentarse Acuerdo al respecto ante la Mesa del Congreso de los Diputados, aunque va dirigido a ambas Cámaras.

Acerca de la naturaleza del Acuerdo del Consejo de Ministros se suscita la cuestión sobre si forma parte del procedimiento legislativo o si se trata de un acto meramente administrativo. En el primero de los casos, sería susceptible de ser valorado como tal por el Tribunal Constitucional, en el segundo de los casos serían competentes los Tribunales ordinarios. Es cierto que el

³³ FONT I LLOVET, T., “Función consultiva y Estado autonómico”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 138, 1995, p. 48.

³⁴ Todos estos principios son analizados en detalle por FONT I LLOVET, T., “Los órganos consultivos y la calidad normativa”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, enero - julio 2009, pp. 133-149.

³⁵ *Ibidem*, p. 146.

Tribunal Constitucional ha considerado la existencia de actos del Gobierno, diferenciados de los actos administrativos sometidos al control de los Tribunales³⁶. Así, declaró el Tribunal que “no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes”³⁷. En cualquier caso, “puede argumentarse que será nulo el acto si se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”³⁸.

Por otra parte, es relevante considerar si la Mesa podrá inadmitir la presentación del proyecto si no va acompañado de la consiguiente Exposición de Motivos y de los antecedentes necesarios, ambos requisitos constitucionales, y en su caso del contenido de la memoria de análisis de impacto normativo. La competencia de la Mesa del Congreso en virtud del artículo 31.1. 4º del Reglamento del Congreso es doble en este punto, por una parte, calificar los escritos y, por otra parte, la admisibilidad o no de los mismos. Son dos operaciones diferentes, ya que la calificación supone “comprobar la adecuación del cauce procedimental elegido por los interesados para sustanciar las pretensiones deducidas”, mientras que el acto de “admisión a trámite se ordena subsecuentemente siempre que la solicitud procedimental haya sido correctamente formulada”³⁹.

En cuanto a su calificación una iniciativa gubernamental no presenta problemas⁴⁰. En la tramitación del proyecto, la primacía de la iniciativa gubernamental se manifiesta en dos campos. Por una parte, en la prioridad que se les concede en virtud del artículo 89.1 CE. Por otra parte, se concede al Gobierno la exclusividad en la iniciativa legislativa en dos supuestos: Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE) o en los proyectos de Ley

³⁶ También se ha ocupado de esta diferencia López Calvo, J., *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid, 1996, pp. 91-146.

³⁷ STC 45/1990, de 15 de marzo, F.J. 2.

³⁸ GARRIDO MAYOL, V., “Los vicios del procedimiento prelegislativo y su posible incidencia en la validez de la ley”, *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 15, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española), p. 332.

³⁹ ARCE JANÁRIZ, A., “Calificación y admisión a trámite en los procedimientos parlamentarios”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo-agosto 1990, p. 29.

⁴⁰ En otros supuesto sí es relevante la actuación de la Mesa al decidir sobre la calificación y la tramitación de las iniciativas que se le presenten. Vid. al respecto GÓMEZ LUGO, Y., *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, Madrid, 2008, pp. 198 a 205.

destinados a planificar la actividad económica general (art. 131.2 CE). Tema diferente es el que afecta a su admisibilidad, pues en este punto hemos de tratar dos cuestiones claramente diferentes.

En primer lugar, en el caso de que el proyecto carezca de Exposición de Motivos, podría la Mesa reclamarla al Gobierno y dejar pendiente la tramitación subsiguiente a la espera de que el Gobierno remita la documentación exigida⁴¹. Ciertamente es que no parece frecuente que esto haya sucedido.

En segundo lugar, supuesto diferente sería si el Gobierno no hubiera presentado los antecedentes a los que se refiere el artículo 88 CE o, en su caso, alguno de los documentos de la memoria de análisis tal como prescribe el vigente artículo 26 LG. Creemos que en este caso la Mesa debería proceder a inadmitir el proyecto, por falta de los requisitos constitucionales y legales. Bien es cierto que en este punto la doctrina ha manifestado diversas opiniones. Algunos autores han señalado que la Mesa debe admitir el proyecto y que esa falta no afecta a la validez del procedimiento legislativo⁴². Utilizan para ello un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que indica que “la ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión”⁴³. Más acertada nos parece la opinión de otros autores cuando indican que “la Mesa debería asimismo inadmitir aquellos proyectos de ley que no vayan acompañados de los informes que deben solicitarse preceptivamente durante la elaboración de un anteproyecto de Ley”⁴⁴, lo que también sucedería en caso de que faltara alguno de los elementos de la memoria de análisis.

En cualquier caso, se trata de un control de la Mesa que afecta a la calidad formal del proyecto, puesto que la Mesa ni puede, ni debe valorar el contenido material de la iniciativa⁴⁵. Y esta opinión también está avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional que ha manifestado “que ninguna tacha de inconstitucionalidad merece la atribución a las Mesas del control de la regularidad legal de los escritos y documentos parlamentarios, sean éstos los dirigidos a ejercer el control de los respectivos ejecutivos, sean los de carácter legislativo, siempre que tras ese examen de la iniciativa a la luz del canon normativo del Reglamento parlamentario no se esconda un juicio sobre la oportunidad política en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario”⁴⁶.

Recibido un proyecto de Ley, la Mesa del Congreso ordena su publicación, la apertura del plazo de enmiendas y la remisión a la Comisión

⁴¹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Madrid, 2000, p. 170.

⁴² Así lo hacen SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Artículo 88”, EN GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 1270-1271; o SANTAOLALLA, F., *Derecho parlamentario*, cit., p. 259.

⁴³ STC 108/1986, de 29 de julio, F.J. 3.

⁴⁴ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, cit., p. 177.

⁴⁵ Vid. GÓMEZ LUGO, Y., op. cit., p. 106.

⁴⁶ STC 78/2006, de 13 de marzo, F.J. 3. En la misma línea las SSTC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 3; 107/2001, de 23 de abril, F.J. 3.b; y 203/2001, de 15 de octubre, F.J. 3.

correspondiente (art. 109 RCD)⁴⁷. Finalmente se prevé la posibilidad de que “el Gobierno retire un proyecto de Ley en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara” (art. 128 RCD), para lo que será necesario que presente ante la Mesa del Congreso acuerdo de Consejo de Ministros. Pocas veces ha hecho uso el Gobierno de esta facultad.

5.3. La evaluación ex-ante de los proyectos de ley y el control jurisdiccional

Finalmente, el último tipo de control sería el jurisdiccional. En principio, en cuanto a la calidad formal de los proyectos gubernamentales, los tribunales han realizado pocos juicios al respecto y ninguno que haya supuesto efectos para la vigencia de la norma. Tampoco han sido excesivos los pronunciamientos en cuanto a la calidad material y, en especial, acerca del alcance de las memorias de impacto.

Así, la jurisdicción ordinaria no tiene competencia en relación a las normas con rango de Ley, de las que nos estamos ocupando, competencia que se atribuye al Tribunal Constitucional. Sin embargo, sí tiene competencia en las normas de rango inferior que elabora el Gobierno. Sí es cierto que, en relación a estas normas, esto es Reales Decretos el Tribunal Supremo ha reiterado la importancia del cumplimiento de los requisitos procedimentales y, en su caso ha declarado nulas aquellas disposiciones que carezcan de suficiente justificación, especialmente en el caso de carecer de memoria económica, “por concurrir en el mismo un defecto procedimental de carácter esencial”⁴⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en múltiples ocasiones que en su actuar no debe realizar juicios acerca de la técnica legislativa, ni de la depuración técnica de las leyes. En virtud de ese criterio, indica que “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”⁴⁹, “de modo que no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma”⁵⁰, ni de “perfección técnica de las leyes”⁵¹, pues nuestro control “nada tiene que ver con su depuración técnica”⁵², reiterando el Tribunal que su juicio “es, estrictamente, un juicio sobre reglas de Derecho a partir de la norma superior del

⁴⁷ Vid. el comentario a este artículo de GUTIÉRREZ VICÉN, C., “Artículo 109”, en RIPOLLÉS SERRANO M^a R. (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Madrid, 2012, pp. 775 a 789.

⁴⁸ STS 2569/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 12 de diciembre de 2016. Puede consultarse también la jurisprudencia citada en esta Sentencia.

⁴⁹ Entre otras las SSTC 109/1987, de 29 de junio, F.J. 3c); 195/1996, de 28 de noviembre, F.J. 4; 226/1993, de 8 de julio, F.J. 4; 188/2005, de 4 de julio, F.J. 4] y 120/2012, de 4 de junio, F.J. 3.

⁵⁰ STC 14/2015, de 5 de febrero, F.J. 5.

⁵¹ SSTC 226/1993, de 8 de julio, F.J. 4.

⁵² SSTC 226/1993, de 8 de julio, F.J. 5; 195/1996, de 28 de noviembre, F.J. 4; 136/2011, de 13 de septiembre, F.J. 3.

Ordenamiento y con arreglo a criterios de interpretación estrictamente jurídicos”⁵³.

También ha señalado que los requisitos que se exigen en las normas acerca de cómo debe ejercer el Gobierno su iniciativa hacen referencia a “un procedimiento prelegislativo, que sólo podrá suponer un vicio de constitucionalidad formal de la ley si, (...), los fallos en la conformación de esa voluntad gubernamental implican que el Congreso de los Diputados, o el Senado en aquellos supuestos en que sea Cámara de primera lectura, carezcan de los elementos necesarios para pronunciarse sobre esos proyectos”⁵⁴.

Por ello, el Tribunal Constitucional “ha sido muy cauteloso hasta el momento” en relación al control de constitucionalidad de la calidad de las leyes, pero sí sería muy conveniente que realizara una labor “de orientación al legislador” y “advertir en sus sentencias –como ya ha hecho en otras ocasiones– sobre el peligro de determinadas prácticas o formas de legislar, que con mayor o menor éxito fueran concienciando al legislador de que está bordeando una zona peligrosa y debe enderezar su actuación”⁵⁵.

Parece importante referirnos al recurso previo de inconstitucionalidad cuya finalidad es ciertamente, un modelo de evaluación ex-ante. La fórmula del recurso previo de inconstitucionalidad más allá de la previsión contenida en el artículo 95 para los Tratados Internacionales, se recogía en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), tanto contra proyectos de Estatutos de Autonomía como contra Leyes orgánicas. El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre el recurso previo diferenciando los efectos de la sentencia recaída por un recurso de inconstitucionalidad con respecto a la sentencia recaída con motivo de un recurso previo el Tribunal señalaba: “El lugar privilegiado que en la economía general de nuestra Constitución ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran, está fuera de toda duda. De ello resulta no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad, tantas veces proclamada por este Tribunal, de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido. De este «mayor valor» no cabe deducir, sin embargo, la «exigencia constitucional implícita» de una institución que, como la del recurso previo, no está destinada a asegurar la protección judicial de los ciudadanos que se sientan efectivamente lesionados en sus derechos fundamentales, sino a resolver en esta jurisdicción las diferencias existentes entre órganos constitucionales (o partes de ellos) en cuanto a la interpretación de los preceptos constitucionales, ampliando así, no contra la Constitución, pero sí al margen de ella, el ámbito del recurso de inconstitucionalidad que ésta [art.161.1 a) y 162.1

⁵³ STC 191/2016, de 15 de noviembre, F.J. 3.

⁵⁴ STC 238/2012, de 13 de diciembre, F.J. 3. En el mismo sentido, la ya citada STC 108/1986, de 29 de julio, F.J. 3.

⁵⁵ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Cizur Menor, 2010, p. 52.

a)] instauró. Si, como hemos declarado (Sentencia 42/1982, fundamento 3) la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes, tampoco «el mayor valor» de los derechos fundamentales en su conjunto permite considerar implícitas en la Constitución instituciones de garantía que ésta explícitamente no ha creado”⁵⁶. De este modo, ha señalado el mismo Tribunal que “el antiguo artículo 79.5 LOTC resultaba ajustado a los mandatos constitucionales, puesto que, al disponer que el proyecto de disposición legal que en su día fuera declarado válido en el proceso de control previo no gozaba, sólo por ello, de una presunción reforzada de legitimidad constitucional que lo hiciera ya inatacable a través de los procesos de control sucesivo, venía a respetar el claro dictado de los artículo 161.1 a) y 163 de la Constitución que no excluyen, ni permiten al legislador excluir, de los procedimientos de control a posteriori ninguna norma con rango o valor de Ley”⁵⁷.

En diversas Legislaturas el Grupo Popular presentó iniciativas legislativas para recuperar al menos el recurso previo sobre Estatutos de Autonomía, pero no sería hasta la X Legislatura (2011–2015) cuando se aprobó la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación. De esta manera, se ha vuelto a introducir un recurso que originalmente estaba previsto, pero que se suprimió por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. Señala la exposición de motivos: “Todo ello permite inferir que, para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado, se torna necesario y conveniente restablecer, adaptándolo a la actual configuración del Estado, el recurso previo de inconstitucionalidad, eso sí, sólo para los Proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma. Se evita así el principal reproche que mereció en el pasado esta institución jurídica cuando pudo ser utilizada por los grupos minoritarios para paralizar la entrada en vigor de normas legales, de carácter orgánico, aprobadas por las Cortes Generales”. Evidentemente, aunque el recurso previo se va a limitar a dos tipos normativos muy concretos, si “existe una propuesta normativa completa, la evaluación legislativa gana y pierde. Gana la posibilidad de aportar información útil al sistema normativo (...), pierde porque (...) es difícil modificar la propuesta legislativa”⁵⁸.

El Tribunal sí ha señalado la importancia que tiene la claridad de las normas, vinculando esta cuestión a la certeza y al principio constitucional

⁵⁶ STC 66/1985, de 23 de mayo, F.J. 2.

⁵⁷ STC 20/1988, de 18 de febrero, F.J. 2.

⁵⁸ BRONFMAN, A., “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en PARDO FALCÓN, J. y PAU IVALL, F. (Coords.), op. cit., p. 53. Puede consultarse también el estudio de AGUADO RENEDO, C., “El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de Autonomía y de su modificación”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 683–699.

de seguridad jurídica: “los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma”, y añade, “que 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”⁵⁹. En esta misma línea, además, ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional al indicar que “la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”⁶⁰.

En relación a la calidad material, aunque estamos de acuerdo en que “no se puede pretender un control previo del contenido material de un proyecto de Ley, pues eso es tanto como querer hurtar el debate al Parlamento, o someter a éste a tuteladas innecesarias con la excusa de la inconstitucionalidad de un simple proyecto”⁶¹, si creemos que actualmente sí se puede entrar a valorar el alcance de la memoria de impacto normativo.

VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL

Para concluir hemos venido señalando en las páginas precedentes la importancia que debe tener en el quehacer legislativo del Gobierno la calidad, tanto material como formal, especialmente en el ejercicio de la iniciativa de los proyectos de ley. La calidad está íntimamente vinculada no solo a la evaluación ex-ante, sino a la búsqueda de una buena gobernanza. Como hemos venido señalando la evaluación legislativa ex-antes hace referencia a la existencia de un procedimiento institucionalizado por el que se elaboran las normas, y en virtud de la cual se garantiza la calidad de la legislación.

Relevante es esa cuestión en lo referente a los proyectos, puesto que la mayoría de las normas parlamentarias que se han aprobado en las Cortes durante la vigencia de la Constitución han sido iniciativa del Gobierno, órgano que además tiene primacía en la tramitación legislativa de sus iniciativas. Esta primacía resulta, como señala GARCÍA-ESCUADERO, de la combinación de varios factores: de la función de dirección política que la Constitución atribuye al Gobierno, de la relación de confianza que existe entre Gobierno y Cortes, de la aceptación tácita de la iniciativa gubernamental, en la reserva de la iniciativa gubernamental, como acabamos de señalar, a las normas previstas en los arts. 131.2 y 134 CE y, finalmente, en el hecho de que el Gobierno emite su parecer sobre el resto de las iniciativas que se presenten⁶².

⁵⁹ STC 150/1990, de 4 de octubre, F.J. 8.

⁶⁰ STC 46/1990, de 15 de marzo, F.J. 4.

⁶¹ GARRIDO MAYOL, V., op. cit., p. 332.

⁶² GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, cit., pp. 51 y 52.

Además, y a pesar de que la Constitución en el artículo 66 establece que son las Cortes Generales las que ejercen la potestad legislativa, es el Gobierno el que ha ido asumiendo de facto una posición de hegemonía real. Por ejemplo, el uso (y abuso) que se ha hecho de los Decretos Leyes, a pesar de sus límites materiales, en especial, a la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad, y con la exigencia siempre de una posterior convalidación en el Congreso ha supuesto que es la norma mayoritaria hoy en nuestro sistema normativo⁶³.

Lógico es por tanto que las exigencias a la hora de ejercer ese actuar difiera con respecto a las iniciativas que se presentan por otros órganos. Así no hay ningún requisito constitucional a la iniciativa de Congreso y Senado. Son los Reglamentos parlamentarios los que incorporan los requisitos exigidos para el ejercicio de la iniciativa.

En el caso del Congreso de los Diputados, “las proposiciones de Ley podrán ser adoptadas por iniciativa de: 1º Un diputado con la firma de otros catorce miembros de la Cámara; 2º Un grupo parlamentario con la sola firma de su portavoz” (art. 126.1 RCD). En el Senado, “las proposiciones de Ley que se deban a la iniciativa de los senadores deberán ser formuladas en texto articulado acompañado de una exposición justificativa y, en su caso, de una memoria en la que se evalúe su coste económico. Deberán ir suscritas por un grupo parlamentario o veinticinco senadores” (art. 108.1 RS). En ambos casos se exige que se presente la iniciativa de proposición de Ley acompañada de la consiguiente exposición de motivos (arts. 124 RCD y 108 RS), ante la Mesa correspondiente, que la publicará y la remitirá al Gobierno, para que emita su parecer al respecto y para que se cumpla lo previsto en el artículo 134.6 CE, en virtud del cual “toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno” para su tramitación.

En el caso de la iniciativa legislativa popular los requisitos que se señalan en el artículo 87.3 CE hacen referencia a la exigencia de “no menos de 500.000 firmas acreditadas”, así como la prohibición de que dicha iniciativa verse sobre “materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”.

Es la LO 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular (modificada por la LO 4/2006, de 26 de mayo y por la LO 3/2015, de 30 de marzo) la que establece que el escrito de presentación debe contener además del texto articulado de la proposición de Ley, una exposición de motivos. La iniciativa puede ser inadmitida por la Mesa del Congreso en los supuestos que señala la LO, siendo relevante a nuestro entender el relativo a la inadmisión de las proposiciones que versen sobre materias no homogéneas entre sí (art. 5.2 c) LO 3/1984). Este es un requisito, que

⁶³ Vid. ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto –Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, 2016.

creemos es relativo a técnica legislativa, y sobre el que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

Así señala que “el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo” salvo en relación a la iniciativa legislativa popular⁶⁴.

Parece difícil que salvo al Gobierno al resto de los órganos constitucionalmente previstos para ejercer la iniciativa se les pueda exigir la presentación de los documentos previstos en el caso de la iniciativa gubernamental, como la memoria de análisis de impacto normativo. Corresponde a la tramitación que se realice en las Cortes, especialmente a través de los trámites de enmienda, que se mejoren las leyes, que se produzcan instrumentos normativos de calidad que consigan, como decíamos anteriormente, eficiencia y eficacia de las decisiones de los poderes públicos y desde luego un buen hacer de los gobernantes.

En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha indicado que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues, aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso”⁶⁵.

Hay que destacar que los cambios constitucionales que han tenido lugar en relación con la distribución de las atribuciones entre los poderes públicos supone que, en los Estados actuales, el planteamiento clásico, que atribuía las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial a tres órganos distintos, resulta ahora insuficiente. Por una parte, porque la identificación de los poderes legislativo y ejecutivo debilita la eficacia de los controles del primero sobre el segundo⁶⁶. Por otra, porque los compromisos del Estado social han convertido a las Administraciones públicas en verdaderos centros de poder. Razones que suponen que el equilibrio constitucional se fundamenta en una pluralidad de órganos que ejercen parcelas de poder y en la necesidad de que surjan nuevos mecanismos de control que garanticen el Estado de Derecho.

⁶⁴ STC 136/2011, de 13 de septiembre, F.J. 3

⁶⁵ STC 58/1982, de 27 de julio, F.J. 2, en el mismo sentido SSTC 132/1989, de 18 de julio, F.J. 14; 204/1994, de 11 de julio, F.J. 6; 235/2000, de 5 de octubre, F.J. 5; 134/2006, de 27 de abril, F.J. 4 y 238/2012, de 13 de diciembre F.J. 7.

⁶⁶ “La mejora de la funcionalidad de la ley (mandato aún de la voluntad general por muchas mediaciones que haya) es mejorar el Parlamento” y la necesidad de que anide “en todos nosotros la preocupación de avizorar cuales pueden ser las posibles vías de futuro para el asentamiento y centralidad parlamentarios. Porque, en definitiva, de lo que se trata es, ni más ni menos, que de la reubicación del Parlamento en el Estado del futuro”: Vid. OSÉS ABANDO, J., “Evaluación legislativa y Parlamento”, en *Revista Debate*, año VI, núm. 15, diciembre 2008, p. 68.